د. محمدي فريدة (زواوي)
أستاذة محاضرة بمعهد الحقوق والعلوم
الإدارية بن عكنون

المدخل للعلوم القانونية

نظرية الحق

CEDOC

الإهداء

إلى ذاكرة الزميل والأخ

الأستاذ محمد إبراهيمي

رحمه الله

المقدمة

يشمل كتاب نظرية الحق المبادئ القانونية الأساسية لدراسة القانون بوجه عام، والقانون المدني بوجه خاص باعتباره القانون الذي تفرعت عنه أغلب القوانين، فهو الشريعة العامة للعلاقات القانونية.

وأساس دراسة العلاقات القانونية يتم في نطاق نظرية الحق ونظرية الالتزام، فهما الأساس الذي يبين للشخص ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ونظرية الحق تهم الشخص بصفة عامة مثله مثل طالب القانون، إذ تبين للشخص ما له من حقوق والآثار المترتبة عنها، وحدودها، وكيفية ممارستها وحمايتها.

ويعتبر تقرير الحقوق وفرض الواجبات المقابلة لها، هي وسيلة القانون في تنظيم علاقات الأفراد في الجماعة ويمكن القول أن تقرير الحقوق هو غاية القانون إذ يبين ما يتمتع به الأفراد من حقوق ويفرض على الغير واجبا عاما باحترامها، لذلك تعتبر دراسة نظرية الحق دراسة شاملة للقانون، ومن الصعب على المؤلف تلخيصها نظرا لتشعبها، لذا كان من الضروري تجنب التلخيص الذي لا يفيد القارئ ويعد تقصيرا ويصعب معه فهم الموضوع من جهة، ومن جهة أخرى يجب كذلك تفادي التوسع الذي يؤدي إلى دراسة القانون ككل ضمن نظرية الحق.

وقد حرصت على إتباع أسلوب بسيط على أمل التسهيل والتبسيط على الطالب استيعاب المواضيع، وإن كنت توسعت في بعضها، فذلك أمر حتمي يفرضه تكوين الطالب تكوينا دقيقا.

إلى جانب هذا فالكتاب هذا موجه كذلك لأساتذة ورجال القانون، فهو خاص بالقانون الجزائري، ولم أتعرض فيه للقانون والقضاء الأجنبين إلا فيما أعتبرته تطورا إيجابيا يمكن الأخذ به عندنا.

وقد قسمت هذا الكتاب إلى أربعة أبواب.

تناولت في الباب الأول أنواع الحقوق، وتوسعت في الحقوق العينية الأصلية لأن الطالب لن يتعرض لدراستها أثناء مرحلة التدرج)، بينما اختصرت في دراسة المواضيع التي يتعرض لها الطالب بتوسع كما هي الحال بالنسبة للحقوق العينية التبعية.

أما الباب الثاني فتعرضت فيه لأركان الحق بحيث تناولت فيه أطراف الحق، ومحله، ومصدره.

وتناولت في الباب الثالث استعمال الحق، حمايته واثباته.

أما الباب الرابع فخصصته لانتقال الحق وانقضاؤه.

وبعبارة موجزة تناولت فكرة الحق منذ نشوؤه إلى حين انقضائه.

مبحث تمهيدي

مفهوم الحق

القانون عبارة عن مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على وجه الالزام وتكون مقترنة بجزاء بقصد فرض احترام الناس لها.

والسلوك الذي يهتم القانون بتنظيمه يتمثل في العلاقات القانونية بين افراد المجتمع بعضهم ببعض، او بينهم وبين الدولة.

وتنتج هذه العلاقات القانونية حقوقا للبعض تقابلها واجبات تقع على البعض الآخر، ويتولى القانون تنظيم هذه الحقوق والواجبات، وفيما يلي أتعرض أولا لإنكار فكرة الحق ثم لتعريف الحق .

أولا : إنكار فكرة الحق

هناك من الفقهاء من انكر وجود الحق وابرزهم الفقيه " دوجي DUGUIT " الذي رفض فكرة الحقوق التي ينشؤها القانون، ويرى ان الحق ما هو الا سيطرة ارادة شخص صاحب الحق على ارادة الشخص الملزم به، ويعتبر هذا التصور تصورا غير واقعي اذ من الناحية الواقعية توجد ارادات متساوية.[1]

ففي رأيه، ان الشخص الذي يرتكب جريمة مثلا لا يعاقب على اساس مساسه بحق غيره، وانما يعاقب لانه خالف قاعدة من قواعد قانون العقوبات، فيكون في مركز قانوني معين[2] ... مركز السارق، او مركز القاتل ...

فلا يمكن القول بأن القاعدة القانونية تنشيء حقا لشخص وتحمل آخر بالتزام، اذ

1- Marty et Raynaud : Droit Civil, Introduction générale à l'étude du droit, Tome 1, 2ème édition, Sirey 1972, P 223.

2- Marty et Raynaud : Op cit, P 253 - 254.

القاعدة لا تضيف لا القليل ولا الكثير من ارادة المكلف بالواجب او المستفيد من ادائه.[1]

وقد تعرضت فكرة دوجي لانتقادات شديدة، ذلك لان فكرة الحق باعتبارها سلطة ممنوحة لشخص معين، فكرة موجودة فعلا، ويرى " ريبير RIPERT " ان الحق هو سلطة ممنوحة لشخص، وهذه السلطة موجودة ولا يمكن احدا انكارها، اذ تجعل المدين في خدمة الدائن، بل كان في الماضي يجوز للدائن حبس المدين واعتباره اسيرا، وقتله، كما تجعل العامل في خدمة رب العمل، ويخضع كذلك الإبن لأبيه، وتجعل المالك حرا في الإستئثار بملكه وكان من الضروري تحديد سلطته في هذا المجال.[2]

ولكن وجود هذه الحقوق المسيطرة لا يعني تفوق إرادة شخص على إرادة شخص آخر، إذ الإرادات الفردية متساوية في جوهرها، ولكن حدوث وقائع قانونية معينة هو الذي يجعل شخصا ملزما إزاء شخص آخر، كعقد القرض مثلا يجعل المقترض ملزما في مواجهة المقرض، وكذلك الخطأ كواقعة مادية يجعل محدث الضرر ملزما بالتعويض إزاء صاحب الحق وهو المضرور.

والحقيقة هي أن المركز القانوني ذاته الذي يتكلم عنه دوجي ما هو الا تصور جديد لفكرة الحق، فلو كان الحق هو القانون ذاته لما كنا بحاجة الى مراكز قانونية[3]، فاذا كان الأفراد متساوين أمام القانون إلا أن كلا منهم يوجد في مركز خاص به يميزه عن غيره، فقد يكون في مركز المستفيد من القاعدة القانونية، أي صاحب الحق أو في مركز الملتزم بها. ولعل أنكار دوجي فكرة الحق ناتج عن تخوفه من سيطرة أصحاب الحقوق وانتصار المذهب الفردي. ولكن محاربة هذا التعدي يمكن أن تكون عن طريق مراقبة استعمال هذه الحقوق وتقييدها أحيانا، إذ لا يمكن إنكار فكرة الحق مهما كان المبرر.

1- د. حسن كيرة : المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية 1971، ص 426.

2- Marty et Raynaud : Op cit, P 255.

3- د. حسن كيرة : المرجع السابق، ص 428 - 430.

ثانيا : تعريف الحق

لقد حاولت عدة مذاهب تعريف الحق، وفيما يلي نعرض للمذهب الشخصي، ثم للمذهب الموضوعي وأخيرا للمذهب المختلط والنظرية الحديثة.

أ - المذهب الشخصي : النظرية الإرادية

يتزعم هذا المذهب الفقيه سافيني " SAVIGNY " وينظر إلى الحق من منظور شخصي أي بالنظر إلى صاحب الحق، فيعرف الحق بأنه : « قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون » ويجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبه، لهذا سمي بالمذهب الشخصي.

وقد أنتقدت هذه النظرية بسبب أنها تربط الحق بالإرادة بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون علمه بها كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها [1] وكذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون علمه بها.

فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، أما إستعمال هذا الحق فلا يكون إلا بالإرادة، ولذا فالصبي غير المميز لا يستعمل حقوقه إلا عن طريق نائبه (الولي أو الوصي).

فالمذهب الشخصي يبين كيفية إستعمال الحق دون أن يعرفه، كما يتعارض تعريفه للحق باعتباره قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين - مع المنطق - إذ من غير المنطقي ومن غير المتصور أن يعرف أمر معين بما ينتج عن وجوده، فالقدرة تنشأ عن وجود الحق، فهي تعبر عن مضمونه .

كما أن هذه النظرية إنتقدت على أساس أن هناك بعض الحقوق التي تنشأ

1- د. فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة بيروت 1974، ص 55.

لصاحبها دون أن يكون لإرادته دور في نشوئها كالحقوق التي يكون مصدرها المسئولية التقصيرية فحق المضرور يثبت دون أن يكون لإرادته دخل فيه.[1]

ب ـ المذهب الموضوعي : نظرية المصلحة

رائد هذه النظرية هو الفقيه الألماني اهريج " IHERING " ويعرف الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون " فوفقا لهذا الرأي يتكون الحق من عنصرين، عنصر موضوعي وعنصر آخر شكلي.

ويقصد بالعنصر الموضوعي الغاية أو المصلحة التي تعود دائما على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق ماليا، وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالي.

أما العنصر الشكلي فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركنا من أركان الحق، وهي ضرورية، وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.

ولقد انتقدت هذه النظرية أيضا بأنها تعرف الحق بغايته، إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معيارا لوجود الحق، بينما الأمر ليس كذلك دائما، فاذا كان من المسلم به أن الحق يكوّن مصلحة، فالعكس ليس صحيح، فمثلا فرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية، يحقق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات، لأن هذه الرسوم تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فان هذه المصلحة لا تعطيهم الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم.[2]

إلى جانب ذلك فالمصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر، فالمصلحة التي يحصل عليها شخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص إلى آخر

1- Marty et Raynaud : Op cit, P 259.

2- د. حسن كيرة : المرجع السابق، ص 434.

حسب هدف كل واحد من الشيء، وإذا طبقنا هذه النظرية فالحماية تختلف وتتنوع باختلاف فائدة الأشخاص، مما يؤدي إلى إستعصاء تنسيق القواعد القانونيةوتوحيدها.[1]

وإذا كان هدف الحق هو المصلحة، فيجب تحديد إطارها، لأن القانون لا يحمي إلا المصالح ذات القيمة الإجتماعية الأصلية.

والحقيقة هي أن هذا المذهب لم يعرف الحق وإنما عرف هدفه وما يترتب عليه من حماية قانونية.[2]

كما انتقدت هذه النظرية من جهة أخرى بأنها تعتبر الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق، إلا أنه لا يمكن إعتبارها كذلك في جميع الأحوال إذ الحماية تأتي بعد نشأة الحق.

ج ـ المذهب المختلط

يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون.

فيعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون.

وقد وجه لهذه النظرية النقد الموجه للنظريتين السابقتين معا.

د ـ النظرية الحديثة في تعريف الحق

ونتيجة للإنتقادات الموجهة للنظرية السابقة، ظهرت نظرية أخرى وهي النظرية الحديثة في تعريف الحق، وحمل لواءها الفقيه الفرنسي دابان "DABIN " وتأثر بها أغلب الفقهاء، ويعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه : « ميزة يمنحها القانون لشخص

1- د. عبد الحي حجازي : مذكرات في نظرية الحق، 1951، ص 13.

2- د، فتحي الدريني : المرجع السابق، ص 57.

ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له ».

والعناصر الأساسية التي تستخلص من هذا التعريف هي :

1- الحق يعبرعن سلطة يقرها القانون : أي سلطة مطابقة للقواعد القانونية ويترتب على هذا ضرورة إحترام الغير لها، فلا بد من إحترام الغير لهذا الحق، وذلك بالإمتناع عن كل ما من شأنه الأضرار باستئثار الشخص بحقه والتسلط عليه، فالحقوق مرتبطة بوجود الإلتزامات في مواجهة الغير، وليست هناك أهمية لحق معين إذا لم يكن الغير ملزم باحترامه وكذلك الحال إذا لم يمكن صاحبه دفع الإعتداء عليه.

وإذا كانت الحماية القانونية لازمة للحق إذ لا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته إلا أنها ليست عنصرا من عناصر وجوده، فالحق لا يحمى قانونا إلا إذا كان موجودا حقيقة، فالدعوى - وهي من أهم وسائل الحماية - لا يمكن إقامتها إلا للدفاع عن حق موجود ومعترف به .

2- إن الحق يفترض وجود شخص معين، يكون صاحبا له : وقد يكون هذا الشخص، شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ويتمتع الشخص الطبيعي بصلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ويكتسب الشخصية القانونية بمجرد وجوده وهو محمي قانونا، وتكون له حقوق في مرحلته الأولى كالجنين كما أن للمجنون حقوقا أيضا، وإن كانا لا يستطيعان ممارستها شخصيا إذ ليس للإرادة دور في ذلك، ويمكن للغير (الولي، النائب) ممارسة حقوق هؤلاء الأشخاص عن طريق نظام النيابة.

أما الشخص المعنوي فهو افتراض وجود قانوني لتجمع من الأموال أوالأشخاص، فيتحمل الإلتزامات و يكسب الحقوق.

3- الحق يرد على قيمة معينة تكون محلا له، وقد يكون هذا المحل شيئا ماديا سواء كان عقارا أو منقولا، كما يمكن أن يكون عملا كالإمتناع عن عمل أو القيام

بعمل، وقد يكون قيمة معنوية كالإنتاج الفكري أو قيمة ملتصقة بالشخصية كحق الإنسان في سلامة جسمه وحقه في شرفه.

4- يفترض الحق أن تكون لصاحبه سلطة الإستئثار والتسلط على حقه ويختلف ذلك باختلاف أنواع الحقوق إذ يتسع مجال الاستئثار والتسلط في نطاق الحقوق العينية إذ تكون للشخص حرية إستعمال واستغلال محل الحق كيفما شاء بينما يضيق بالنسبة للحقوق الملتصقة بالشخص إذ حق الشخص في إطارها يقتصر على الزام الغير بعدم المساس بها واحترامها، ولا يملك الشخص التصرف في هذه الحقوق ولا التنازل عنها.

والتسلط نتيجة حتمية للاستئثار ولكن الاستئثار لا يثبت إلا للمالك أي صاحب الحق أما التسلط أو مباشرة الحق فقد تثبت لشخص آخر كالوصي أو الولي مثلا.

الباب الأول

تقسيم الحقوق المدنية

تنقسم الحقوق إلى حقوق مدنية وحقوق سياسية، والحقوق السياسية تكون للوطنين دون الأجانب، وتنبثق من العلاقة بين الدولة والمواطن، ومن هذه الحقوق حق الإنتخاب وحق الترشيح وحق تولي المناصب العامة، ويعتبر بعض هذه الحقوق واجبات أكثر منها حقوقا، ومنها الإنتخابات كواجب نصت عليه العديد من الدساتير وقوانين الإنتخابات.

وتتعلق هذه الحقوق بالقانون العام، لأن الدولة تكون دائما طرفا فيها بما تملكه من سلطة وسيادة.

وما يهمنا في هذا الإطار هو الحقوق المدنية التي تنشأ بين الأفراد في علاقة بعضهم بالبعض أو بين الأفراد والدولة أو إحدى مؤسساتها باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص، ويمكن تقسيم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.[1]

1- لا أتناول تقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية لأن جميع الحقوق لها جانب مالي، وسأبين الجانب المالي للحقوق العامة، وحقوق الأسرة عند التعرض لها.

الفصل الأول

الحقوق العامة أو الملتصقة بالشخصية

أو حقوق الشخصية

Les Droits de la personnalité

وهي الحقوق المتعلقة بالشخص، وتثبت له بمجرد وجوده باعتباره إنسانا، ولقدأطلقت عليها تسمية حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية.

وفيما يلي أتعرض لأنواع هذه الحقوق ولمميزاتها.

المبحث الأول

أنواع حقوق الشخصية

من بين هذه الحقوق، حق الشخص في سلامة جسمه وسلامة كيانه الأدبي أو المعنوي، وحق الشخص في حرمة حياته الخاصة، كما تشمل الحقوق العامة أيضا الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية.

أولا : حق الشخص في سلامة جسمه

لا يجوز للغير الإعتداء على جسم الشخص، فلا يجوز لأحد أن يتعدى على آخر بالقتل أو الجرح وما شبه ذلك وإلا عوقب جنائيا و مدنيا، فلا يجوز للطبيب مثلا إجراء عملية جراحية تعرض حياة المريض للخطر إلا بموافقة هذا المريض أو ذويه إلا في الحالة التي يكون فيها المرض سريع الإنتقال، فعندها لا يجد الطبيب وقتا للحصول على موافقة أصحاب الشأن[1] وحق الشخص على جسمه يمتد إلى ما بعد الوفاة، فلا يجوز

1- د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق، ص 36.

التصرف في جثته إلا إذا كان قد أوصى بها لكي تجرى عليها أبحاث علمية معينة.

وحق الشخص في جسمه ليس مطلقا، بل ترد عليه قيود، إذ لا يجوز للشخص قتل نفسه، كما لا يجوز له أن ينتقص من كيانه الجسدي، فالقانون يحمي الشخص ذاته من ذلك، فلا يجوز له إستئصال عضو من أعضائه كالكلية مثلا إلا إذا لم يكن في ذلك خطر على جسمه.[1]

إلى جانب ذلك فحق الشخص على جسمه مقيد بما يمس مصلحة المجتمع فتغيير الشخص لجنسه يضر بمصلحة المجتمع[2] لذلك لا يسمح له القيام به. وتغيير الجنس حتى في الدول التي تبيح ذلك لا يعطي للشخص الحق في تغيير حالته المدنية ولا يسمح له بالزواج بشخص من نفس جنسه الأصلي.[3]

ثانيا : حق الشخص في احترام كيانه الأدبي أوالمعنوي

ويكون اعتداءا على كيان الشخص الأدبي، الإعتداء على شرفه أو على سمعته، ويكون ذلك بالسب أو بالقذف، ويعتبر إعتداءا على كيان الشخص الأدبي كل ما يدعو إلى الحط من قيمة الإنسان وتعريضه لاحتقار الناس والمساس بسمعته [4] كأن يقال عنه أنه مجرم أو مدمن أو عديم الأخلاق ... ويتولى قانون العقوبات حماية هذا الحق بتوقيع عقوبات على مرتكب جريمة المساس بالشرف، أو العرض، أو كرامة الشخص، كما يحكم على مرتكب هذه الجريمة بالتعويض وفقا للمادة 47 من القانون المدني.

وتقتضي السلامة المعنوية أن يكون للشخص أيضا الحق في إسم يميزه عن غيره، ويعاقب كل شخص انتحل اسم غيره[5] وللشخص حق كذلك على هيئته وصورته، ويسمح له هذا الحق بمنع غيره من رسمه وتصويره إذا لم يكن راغبا في ذلك، ولا يجوز

1- Atias : Les personnes, les Incapacités P U F , Paris, 1985, P 26.

2- د. علي سليمان : نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 265.

3- Atias : Op cit, P 26.

4- د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق، ص 42.

5- سأتعرض لدراسة الاسم بالتفصيل ضمن مميزات الشخص الطبيعي.

عرض أو نشر صورة شخص دون إذنه[1] ولكل من يقع عليه مثل هذا الاعتداء، الحق في المطالبة بالتعويض والمطالبة بالكف عن نشر صورته في المستقبل.

وتشمل كذلك الحقوق الواردة على المقومات المعنوية، حق الشخص على ابتكاراته.[2]

ثالثا : حق الشخص في حرمة حياته الخاصة

ويتمثل ذلك في اختيار الشخص لنمط الحياة ألتي يريدها، ويشمل كذلك حق الشخص في سرية مراسلاته وأسراره الخاصة، ويعاقب كل شخص يفشي بسوء نية أسرار الغير بدون إذن منه، ويكفل القانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على أصحاب المهن كالمحامين والأطباء الذين يفشون ما إئتمنوا عليه من أسرار.[3]

رابعا: الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية

وتتعلق هذه الحقوق بالحريات العامة، كحرية العمل، وحرية الزواج، وحرية التنقل والإقامة، وحرية الرأي إلى غير ذلك. وبصفة عامة هي عبارة عن حرية الشخص في التصرف وفقا لمشيئته في الحدود المسموح بها قانونا .

المبحث الثاني
مميزات حقوق الشخصية

تتميز هذه الحقوق بأنها :

أولا : حقوق عامة تثبت لكل شخص، كما تتميز أيضا بأن ليس لمحل الحق فيها كيان خارجي مستقل عن صاحبه، لذا يرى البعض أنها ليست بحقوق أصلا لأنها ثبت

1- J. Carbonnier : Droit civil, Tome 1, introduction les personnes, P U F 1985, P 347.

2- سأبينه بالتفصيل اللازم عند دراسة الحقوق الذهنية.

3- J. Carbonnier : Op cit, P 355.

لكافة الناس دون أن يكون لشخص معين الإستئثار بها على وجه التحديد بينما الحق يفترض إستئثار صاحبه به، كما أن الحق يفترض وجود شخص يكون صاحبه، ومحلا يرد عليه هذا الحق، وحسب هذا الرأي فمن غير المتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له في نفس الوقت.[1]

ويردّ على هذا الرأي بأنه لا يمكن نزع صفة الحق عن الحقوق الملازمة الشخصية بمقارنتها مع الحقوق الأخرى ذلك لأن حقوق الشخصية لها مميزاتها الخاصة بها، إلى جانب هذا فانه إذا كان محل الحق ليس له كيان خارجي مستقل عن صاحبه فانه مع ذلك أمر مختلف ومتميز عنه إذ محل الحق عنصر من العناصر المكونة للشخص أو لنشاطه، كالجسم أو الإسم، أو الشرف، فصاحب الحق هو الشخصية البشرية والعناصر المكونة لها ككل، ويعتبر كل عنصر على حدة محلا مستقلا لها يمكن تمييزه عنها[2] وهذا ما ذهبت إليه غالبية الفقه.

ثانيا : ترتبط هذه الحقوق بالإنسان مما يجردها من طابعها المالي، فتعتبر حقوقا غير مالية ، ويرفض البعض أصلا تقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، ذلك لأن جميع الحقوق مالية، فحق الإنسان في إثبات نسبه حق من حقوق الشخصية ولكن تترتب عليه حقوق مالية كحق النفقة والميراث، وكذلك حق التاجر أو حق الطبيب في عدم المساس بسمعته، حق معنوي ومرتبط بما يلحقه من ضرر مادي.

ويترتب على الإعتداء على أي حق من حقوقه الشخصية، حق مستقل وهو الحق في التعويض.[3]

ولكن تجدر ملاحظة أن الجانب المالي لهذه الحقوق وإذا كان ملموسا إلا أنه ثانوي، ويبقى الطابع غير المالي هو المميز لها عموما إذ لا يمكن الشخص التصرف فيها

1- د. حسن كيرة : المرجع السابق، ص 453.

2- J. Duclos : L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), L G D J 1984, P 207 à 210.

3- Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 1, volume 1, introduction à l'étude du droit, 4ème édition, Montchrestien, paris 1970, P 192.

ولا التنازل عنها، كما أنها غير قابلة للحجز عليها.

ثالثا : يترتب على إرتباط هذه الحقوق بالشخص، إنقضاؤها بوفاته فهي لا تنتقل إلى الورثة، ولا يستطيع الورثة مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق لأنها تتصل بشخص المتوفى[1] ولكن يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصيا، ويطالبون بالتعويض بصفتهم الشخصية باعتبارهم أصحاب حقوق خاصة، ولهم أيضا المطالبة بحق المورث وهو الضرر الموروث وفي هذه الحالة يجوز للملتزم بالتعويض أن يتمسك في مواجهتهم بالدفوع التي كانت له في مواجهة المضرور .

واستثناءا يخلف الورثة مورثهم في بعض سلطات حقه المعنوي مثل حق المؤلف.[2]

رابعا : لا يرد على هذه الحقوق التقادم المسقط ولا التقادم المكسب، فمهما استعمل الشخص اسم غيره مثلا فلا يكسبه بالتقادم.

كما أن هذه الحقوق لا تسقط عن صاحبها مهما طالت مدة عدم استعماله لها.

1- د. رمضان أبو السعود : المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت 1985، ص 397.
2- د. حسن كيرة : المرجع السابق، ص 458.

الفصل الثاني

الحقوق الخاصة

الحقوق الخاصة هي حقوق تتعلق بعلاقات يحكمها القانون الخاص، ومنها ما يثبت للشخص باعتباره عضوا في الأسرة، فتسمى حقوق الأسرة.

كما قد ثبتت له حقوق باعتباره مالكا لشيئ مادي، وتسمى الحقوق العينية الأصلية وقد يكون الحق الوارد على هذا الشيء مجرد حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق سكني وهذه هي الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.

كما قد تكون للدائن في مواجهة مدينه سلطة يقرها القانون، وسمي هذا الحق، حقا شخصيا.

كما قد يكون حق الشخص واردا على شيء غير مادي وهذا الحق هو حق ذهني.

وفيما يلي أتناول هذه الحقوق بشيء من التفصيل، وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية.

المبحث الأول

حقوق الأسرة

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة سواء كان ذلك بسبب الزواج أو بسبب النسب، فللزوجين على بعضهما حق المعاشرة بالمعروف، كما أن للزوجة حق النفقة.

وللوالد حق الطاعة والاحترام والتأديب، وللولد حق الرعاية وحق إلحاق نسبه بأبيه وحق النفقة.

ويلاحظ أن هذه الحقوق تعتبر في نفس الوقت واجبات قبل الأسرة، فحق الزوج في الطاعة يقابله واجبه في الإنفاق والإيواء ...

وحق الأب في التأديب يعتبر في الوقت ذاته واجبا عليه.

فهذه الحقوق في غالب الأحيان لا تثبت لأصحابها لتحقيق مصالح شخصية، ولكنها تسعى لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة، بل وأحيانا تكون لمصلحة الشخص الخاضع للسلطة، فسلطة الأب على أبنائه وحقه في تأديبهم مثلا مقرر لمصلحة الأبناء.

ويلاحظ أن هذه الحقوق قد تقترن بتكاليف معينة كحق نفقة الزوجة على الزوج وحق نفقة الأب على أبنائه الصغار، ويظل هدف هذه الحقوق وأساسها هو تكوين أسرة صالحة. فالغاية من هذه الحقوق ليست تحقيق ربح إذ لا يعتبر الزواج عملية تجارية أبدا.

ولا يجوز لأصحاب هذه الحقوق التعامل فيها بالتصرف فيها أو التنازل عنها، ولا تنتقل بالوفاة إلى الخلف، إلا أنه تنشأ عن الإنتماء إلى أسرة حقوق مالية، كحق الإرث وهذا الحق يعتبر من الحقوق المالية ويخضع لنظامها في التعامل والانتقال.

المبحث الثاني
الحقوق العينية

الحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء مادي ويخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليمكنه من استعمال حقه، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق، وتطلق على هذه الحقوق تسمية " العينية " لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي.

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين :

- الحقوق العينية الأصلية : Les Droits réels principaux وهي حقوق عينية

تقوم بذاتها دون حاجة إلى وجود حق آخر تتبعه فيقصد بها تمكين صاحب الحق من الحصول على المزايا المالية للأشياء المادية.

- الحقوق العينية التبعية : Les Droits réels accéssoires وهي حقوق لا تقوم مستقلة بذاتها، وإنما تستند في وجودها إلى حق شخص آخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به، فهي ضمانات أي تأمينات عينية (Suretés réelles).

المطلب الأول : الحقوق العينية الأصلية

تنقسم الحقوق العينية الأصلية إلى حق الملكية والحقوق المتخزئة عن الملكية.

الفرع الأول : حق الملكية : Droit de propriété

أولا : خصائص حق الملكية

وهو أهم الحقوق، ويخول لصاحبه سلطة كاملة على الشيء، ويتميز بأنه حق جامع ومانع، ودائم ولا يسقط بعدم الإستعمال.

أ- حق جامع - Total إذ يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء، فللمالك أن يستعمل الشيء ويستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريده.

والسلطات التي يخولها حق الملكية هي حق الاستعمال، الاستغلال والتصرف.

الاستعمال : وهو استخدام الشيء فيما هو يعدّ له باستثناء الثمار، كالسكن مثلا أو ركوب الحيوان ...

الاستغلال : وهو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء فاستخدام دار للسكن هو استعمال لها أما تأجيرها فهو استغلال لها.

التصرف : فللمالك الحق في التصرف المادي والقانوني في منافع الشيء وفي

رقبته وهذا حق خاص بالمالك إذ أن صاحب حق الانتفاع يكون له فقط الحق في استعمال الشيء واستغلاله فقط دون رقبة الشيء، لأن ملكية الرقبة لا تكون إلا للمالك.

ب - حق مانع – Droit Exclusif : حق الملكية حق مقصور على صاحبه، ويمكنه من الاستئثار بمزايا ملكه، ويكون مقيدا في ذلك بما يكون للغير من حق في التمتع ببعض المزايا بموجب الإتفاق أو القانون، فقد يخول المالك شخصا آخر حق الانتفاع بالشيء أو يرتب له عليه حق ارتفاق، كما أن هناك حالات يجيز فيها القانون للغير استعمال الشيء ومنها مثلا للملاك المجاورين حق استعمال المصرف فيما تحتاجه أراضيهم لريها، وكذلك إذا كانت الأرض محبوسة عن الطريق العام أو لا يصلها به ممر كاف، فلصاحبها حق المرور على الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف.

ويجب على المالك الإمتناع عن التدخل في ملكه، متى كان ذلك مضرا بالغير وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه، كالمالك الذي يقوم ببناء حائط يحجب به النور على الجار.

جـ - حق دائم : حق الملكية يدوم بدوام الشيء، أي يبقى دائما بدوام الشيء في ملك صاحبه، بينما الحقوق الأخرى ليست لها صفة الدوام.

فحق الملكية لا ينقضي ولكنه ينتقل بالميراث أو بالوصية وقد يحتم القانون التوقيت لبعض الحقوق، فحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع، أو ينقضي بانقضاء أجله قبل الوفاة، وحق الارتفاق قد يحدد بمدة معينة، كما ينقضي أيضا بأسباب معينة كعدم الاستعمال مثلا.

وحق الاستعمال والسكن يسري عليه حكم حق الانتفاع أيضا والواقع هو أن توقيت هذه الحقوق أمر لا مفر منه، إذ لو كانت دائمة لأصبحت قيودا أبدية على الملكية، مما يؤدي إلى اهدار هذا الحق (حق الملكية) .

د - حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال : إذا كان حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فان حق الارتفاق وحق الانتفاع وحق السكن تنتهي بعدم الاستعمال.

ولكن إذا اقترن عدم استعمال حق الملكية بحيازة الشيء من طرف الغير، وتوافرت لهذا الغير شروط التقادم المكسب، فانه يكتسب هذا الشيء بالتقادم إذ حق الملكية لا يسقط بالتقادم ولكن يكسب به.

ثانيا : القيود الواردة على حق الملكية

ليست الملكية حقا مطلقا كما كانت عليه في السابق، إذ ترد عليها اليوم قيود، والملكية تؤدي وظيفة اجتماعية.

والقيود الواردة على حق الملكية نوعان، قيود قانونية وأخرى إتفاقية.

أ - القيود القانونية :

فقد يفرض القانون قيودا على حق الملكية بقصد تحقيق المصلحة العامة ، كما يقررها للمصلحة الخاصة.

وتنص المادة 690 مدني على ما يلي : « يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة به [1] الخاصة ... »

1 - القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة :

القيود التي تفرضها المصلحة العامة متعددة ولا داعي لمحاولة حصرها في هذا المقام، فمثلا لا يمكن صاحب الأرض منع العمل الذي يجري للمصلحة العامة، كمرور

1- يلاحظ أن النص العربي للمادة 690 مدني مخطئ في ذكره كلمة (به) والصحيح هو ... أو بالمصلحة الخاصة.

أنظر النص الفرنسي : «... Ayant pour objet l'utilité publique ou celle des particuliers ...»

الأسلاك المعدة للمواصلات أو الإضاءة ...، كما تفرض المصلحة العامة ارتفاقات لابد أن يتحملها مالكو العقارات كتقرير عدم البناء على نمط معين وفي هذا الصدد نصت المادة 6 من القانون 90 - 29 المؤرخ في 01 / 12 / 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير على ما يلي : « لا يمكن أن يتجاوز علو البنايات في الأجزاء المعمرة من البلدية متوسط علو البنايات المجاورة، وذلك في إطار إحترام الأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به وخاصة ما يتعلق بحماية المعالم التاريخية .

يجب أن يكون علو البنايات خارج الأجزاء المعمرة منسجما مع المحيط ... »

كما لا يمكن للمالك هدم الأبنية في حالات معينة إلا بعد حصوله على رخصة إدارية بالهدم، وهذا مانصت عليه المادة 90 من قانون التهيئة والتعمير المشار إليه أعلاه.

وكذلك يطبق على الملكيات المجاورة للسكك الحديدية ارتفاقان بالابتعاد ومنع البناء في مساحات الملكيات الواقعة على جانبي السكك الحديدية.[1]

وتفرض بعض التشريعات الخاصة قيودا على أصحاب الملكيات كالقيود التي تفرض على أصحاب المحلات التجارية أو الصناعية مثلا.

وقد تصل المصلحة العامة إلى حد التعارض مع المصلحة الخاصة أي مع حق المالك، فتنزع ملكيته للمنفعة العامة، وقد نصت على ذلك المادة 677 مدني: « لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل ... »

1- في ارتفاقات السكك الحديدية راجع على وجه الخصوص المواد 130-131-132 من المرسوم التنفيذي 91 - 454 المؤرخ في 23-11-1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك.

2 ـ القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة :

هذه القيود تقرر للمصلحة الخاصة للأشخاص، كالقيود المتعلقة بالري، والقيود التي تقرر لمصلحة الجيران، ويمكن تقسيم هذه القيود إلى أربع طوائف.

الطائفة الأولى : تشمل القيود التي تتعلق باستعمال حق الملكية، وهي تلك القيود التي تقتضيها التزامات الجوارالتي تقتضي بألا يؤدي استعمال الجار لحقه إلى الاضرار بجاره، وألا يغلو في استعمال حقه بما يضر ملك جاره، وستتضح أكثر هذه الفكرة عندما أتعرض للتعسف في استعمال الحق، وفي هذا الصدد تنص المادة 1/691 مدني على ما يلي : « يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. »

الطائفة الثانية : وتشمل القيود التي تتعلق بالمياه، ويدخل في نطاق هذه الطائفة :

ـ حق الشرب : وهو حق الشخص في أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر.

ـ حق المجرى : وهو حق لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الضرورية لري الأرض.

ـ حق الصرف أو المسيل : وهو حق لمالك الأرض البعيدة في تصريف الماء الزائد عن حاجة أرضه.

الطائفة الثالثة : وهي حق المرور في حالة الانحباس : فلمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام الحق في أن يحصل على ممر فوق الأرض المجاورة للوصول إلى الطريق، وقد نصت المادة 693 مدني على ما يلي : «يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكن غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن

تحدث من جراء ذلك. »

الطائفة الرابعة : القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار.

يثير التلاصق في الجوار مشاكل عديدة بين الجيران، لهذا فرض المشرع قيودا على الملكية، تختلف باختلاف التلاصق بين الملكيات المتجاورة، فهي إما قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الملكيات المتجاورة، وإما قيود تتعلق بالحيطان الفاصلة بينها وفي هذا الصدد تنص المادة 703 مدني على ما يلي: « لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما. »

كما قد تتعلق هذه القيود بالمسافات التي يجب أن تراعي فيما بين الأملاك، كعدم فتح مطلات إلا بمسافات معينة حتى لا يستطيع الجار الاطلال على العقار المجاور، وهذا ما نصت عليه المادة 1/709 مدني التي تقضي بأنه: « لا يجوز للجار أن يكون على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترتين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له[1] المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من النتوء. »

ب ـ القيود الإرادية :

هذه القيود تقرر بارادة الأشخاص وبمشيئتهم، كشرط المنع من التصرف[2] في الملك ويجب أن يكون هذا الشرط محددا بمدة معينة، وأن يكون مشروعا، وقد يتقرر لمصلحة المالك أو المشترط كما يمكن أن يتقرر لمصلحة الغير، وأمثلة ذلك، أن يشترط الموصي على الموصى له عدم التصرف في المال الموصى به حتى بلوغ سن معينة، وكذلك

1- النص العربي للمادة 1/790 خاطئ في ذكر كلمة (له) بدلا من كلمة (به) وصحته هي: «... الحائط الذي يوجد به المطل ...»

2- لم يرد شرط المنع من التصرف في القانون المدني الجزائري، وهذا نقص.
ويلاحظ أن المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نص في المادة 104 منه على ما يلي : « يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير. » فاذن المرسوم نص صراحة على وجوب تأكد المحافظ العقاري من أن العقار محل التصرف ليس ممنوعا التصرف فيه أي لم يقيد التصرف فيه.

اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن كاملا.

الفرع الثاني : الحقوق المتجزئة عن حق الملكية

إن المالك قد يستعمل ويستغل حق الملكية بنفسه وقد يتصرف للغير في هذين الحقين معا ويسمى هذا بحق الانتفاع، كما قد يتصرف في حق الاستعمال فقط وقد يحد المالك من منفعة عقاره لمصلحة عقار آخر ويسمى هذا حق الارتفاق، ويبقى للمالك في جميع هذه الحالات حق التصرف في العين لهذا يسمى بمالك الرقبة.

أولا : حق الانتفاع

تنص المادة 844 مدني على ما يلي : « يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون.[1]

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص المتعاقدين[2] إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكين. »

1- لقد ذكرت المادة 844 مدني بأنه يمكن أن يكتسب حق الانتفاع بمقتضى القانون، متؤثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي الذي يمنح للزوج الباقي على قيد الحياة حق انتفاع قانوني بأموال الزوج المتوفى في إطار ما قررته المادة 767 مدني وكذلك للأولياء حق انتفاع قانوني بأموال أولادهم القصر وعديمي الأهلية.
أنظر :
R. Vouin et P. Robino : Droit privé civil et commercial, tome 2, PUF 1960, P 453.
ويرى الأستاذ بن ملحة (Droit Algérien de la famille, OPU, Alger 1994, P 366) أن للأولياء طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة الجزائري، حق انتفاع قانوني بأموال أولادهم.
ولا أوافقه في الرأي إذ يستخلص من المادة 75 أسرة أن الأب ملزم بالنفقة على أبنائه ويعفى من ذلك إذا كانت لديهم أموال كافية، ولا يمكن أن يستخلص من هذه المادة أن للأب حق انتفاع قانوني بأموال أولاده القصر، لأن إدارة أموال الأبناء مقررة لمصلحتهم من أجل الانفاق عليهم ورعايتهم، وهذا الحق غير قابل للتعامل فيه، فيختلف عن حق الانتفاع.

2- النص العربي للمادة 2/844 خاطئ في ذكر كلمة (متعاقدين) وصحتها متعاقبين أنظر علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ص 178، النص الفرنسي لهذه المادة ذكر كلمة Successives وكان موفقا في ذلك.

وحق الانتفاع، حق عيني يمكن المنتفع من ممارسة سلطته على العين دون وساطة أي شخص.

ويشمل حق الانتفاع، الاستعمال والاستغلال وينتهي بموت المنتفع أو بانقضاء الأجل المعين له، (المادة 852)، كما ينتهي بهلاك الشيء (المادة 853) أو ينتهي كذلك بعدم استعماله لمدة خمس عشرة سنة (المادة 854).

ويرد حق الانتفاع على الأموال العقارية والمنقولة كالمركبات والآلات والمواشي ... كما يرد على الأموال غير المادية كحق المؤلف، وحق المخترع.

وحق الانتفاع يخول للمنتفع حق استعمال الشيء لاستمتاعه الذاتي أو لصالحه الشخصي، ويكون المنتفع ملزم بالمحافظة على الشيء ورده لصاحبه عند نهاية الانتفاع وهذا ما نصت عليه المادة 849 مدني.

كما أن للمنتفع حق استغلال العقار، فتكون له ثماره المدنية والطبيعية وهذا ما نصت عليه المادة 846 مدني بينما منتجات الشيء تكون لمالك العقار وليس للمنتفع، لأن استخراج المنتجات ينقص من أصل الشيء.

فمثلا في الانتفاع بقطيع من المواشي تكون للمنتفع الألبان، والصوف وناتج المواشي، هذا بعد ما يعوض ما نقص من الأصل بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة (المادة 851 مدني في شطرها الأخير).

ويشمل استغلال المتجر حق المنتفع في بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها، وهو ملزم بالمحافظة على المتجر، وبصفة عامة يلتزم المنتفع بالانتفاع بالشيء بحسبما أعدّ له، وإدارته إدارة حسنة، وهذا ما نصت عليه المادة 1/847 مدني.

كما يلتزم المنتفع بصيانة الشيء وتحمل المصاريف الواجب انفاقها بصفة عادية على الشيء (المادة 848 مدني).

وفوق ذلك يكون المنتفع ملزما بالمحافظة على الشيء المنتفع به ويرده إلى مالكه عند إنتهاء مدة الانتفاع، وإذا كان الشيء محل الانتفاع من الاشياء القابلة للإستهلاك وتم استهلاكها فعلا من طرف المنتفع، وجب عليه أن يرد بدلها فقط للمالك عند إنتهاء الانتفاع وهذا ما يسمى بشبه حق الانتفاع.[1]

ولا يجوز للمالك أن يقوم بفعل ما من شأنه تعطيل حق الانتفاع أو الانقاص منه.

ولما كان حق الانتفاع، حقا متجزءا عن حق الملكية، فانه يسمح لصاحبه باستعمال واستغلال الشيء فقط دون حق التصرف، إذ يظل لمالك الشيء (وهو ما يسمى بمالك الرقبة) حق التصرف في الشيء باعتباره ملكا له.

ويجوز للمنتفع التصرف في حقه (الانتفاع) وليس في ملكية الشيء محل الانتفاع، إلا أن تصرفه هذا محدود بمدة حياته، أو بمدة الانتفاع.[2]

وهذا التحديد ضروري بالنسبة لحق الانتفاع حتى لا يكون الانتفاع قيدا أبديا على الملكية.

ثانيا : حق الاستعمال وحق السكن Droit d'usage et de l'habitation

تنص المادة 855 مدني على ما يلي : « نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق. »

فحق الاستعمال يخول صاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته، لذلك سمي حق الاستعمال الشخصي، فهو حق انتفاع في نطاق محدود إذ ليس لصاحبه الاستعمال والاستغلال كما هو الشأن في الانتفاع. وإنما لصاحبه الحق في استعمال الشيء في

1- Marty et Raynaud : Op cit, P 111.

2- لم يحدد المشرع مدة انتهاء حق الانتفاع المقرر لمصلحة الأشخاص المعنوية مما يجعله حقا موبدا في هذه الحالة، وتأبيد حق الانتفاع يفقد ملكية الرقبة أهميتها (أنظر زواوي فريدة : نظرات في قانون الأوقاف، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية العدد4، 1995، ص 906)

حدود ما يحتاجه هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، فاذا كان استعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره، كما هو الشأن في استعمال أرض زراعية مثلا فان صاحب الحق يستحق من هذه الثمار مقدار ما يسد حاجته هو وأسرته فقط.

أما حق السكن هو عبارة عن حق الاستعمال الوارد على العقارات المبنية، فاذا كان لشخص حق استعمال منزل مملوك للغير، فان حقه يقتصر على السكن فقط وليس له الحق في تأجره للغير أو في التصرف فيه.

وهناك من ينكر الصفة العينية لحق الاستعمال وحق السكن نظرا لطابعهما الشخصي، إذ لا يجوز التنازل عنهما ولا التصرف فيهما ولا يجب تصنيفهما ضمن الحقوق العينية لأن الحقوق العينية قابلة للتعامل فيها[1] ويمكن الرد على هذا الرأي بأنه إذا كانت القابلية التعامل خاصية من خصائص الحقوق العينية إلا أنها ليست الميزة الأساسية للحق العيني، إذ الميزة الأساسية هي العلاقة المباشرة للشخص بالعين، دون حاجة إلى تدخل شخص آخر، وهذه الميزة متوفرة في حق الاستعمال وفي حق السكن، ولذا فان كل من حق الاستعمال وحق السكن حق عيني فعلا.

ثالثا : حق الارتفاق Le droit de servitude

أ ـ مفهومه

تعرف المادة 867 [2] مدني الارتفاق بأنه: « حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ...»

1- Weill : Droit civil, Introduction générale, 2ème édition Dalloz, 1970, P 90.

2- النص العربي للمادة 867 خاطئ و صحته : «الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر ...»
النص الفرنسي صحيح
« La servitude est droit qui limite la jouissance d'un fonds ...»
انظر في هذا الموضوع د. علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القا نون المدني الجزائري، ص 180 و 24.

ويكتسب حق الارتفاق بمقتضى القانون وقد سبق أن تعرضت له عند الكلام عن القيود القانونية الواردة على حق الملكية.[1]

كما يكسب بالعقد وبالوصية وبالميراث وبالتقادم إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة والمستمرة وهذا ما نصت عليه المادة (868 مدني).

وقد يكون حق الارتفاق عملا إيجابيا يقوم به مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به كما في الارتفاق بالمرور أو بالمطل أو بالمجرى.

وقد يكون عملا سلبيا أي يتحتم على مالك العقار المرتفق به الامتناع عن القيام باعمال معينة كان يحق له في الأصل القيام بها، كما في حالة الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى ما يجاوز حدا معينا.

وفي كلتا الحالتين سواء كان الارتفاق عملا إيجابيا أو عملا سلبيا فانه يعتبر تكليفا يحد من منفعة العقار المرتفق به لمصلحة عقار آخر، ويؤدي الارتفاق إلى الانقاص من المزايا التي يخولها حق الملكية للمالك ولا يجوز التصرف في حق الارتفاق مستقلا عن العقار المرتفق ، ويجوز لملاك العقارات إنشاء ما يشاؤون من حقوق الارتفاق بشرط عدم مخالفتها للنظام العام مراعين في ذلك الشروط الواجب توافرها في حق الارتفاق.

ب ـ شروط حق الارتفاق

1- يجب أن تكون العلاقة بين عقارين ، عقار مرتفق وعقار مرتفق به، إذ أن مفهوم الارتفاق ذاته هو علاقة بين عقارين، فحق الارتفاق لا ينشأ إلا على العقارات.

2- يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين.

3- يجب أن يكون التكليف مفروضا على العقار المرتفق به ذاته فلا يجوز أن

1- أنظر القيود القانونية الواردة على الملكية ، المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب .

يكون حق الارتفاق التزاما شخصيا مفروضا على مالك العقار المرتفق به، فالتزام مالك العقار المرتفق به بحرث أرض جاره لا يعد حق ارتفاق، لأن حق الارتفاق حق متفرع عن حق الملكية، فهو حق عيني يتمثل في السلطة المباشرة التي يمارسها صاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به دون حاجة إلى توسط مالك العقار المرتفق به.

وإذا كان صاحب العقار المرتفق به ملزم بالقيام ببعض أعمال تقتضيها المحافظة على حق الارتفاق ذاته، فان هذه الالتزامات تعتبر التزامات ثانوية، وهي التزامات عينية وتعتبر من ملحقات حق الارتفاق.[1]

4- يجب أن يكون التكليف لمصلحة عقار وليس لفائدة شخص فحق الصيد مثلا، حق استعمال وليس حق ارتفاق لأنه يحقق مصلحة شخصية للصياد، وكذلك الزام شخص بحرث أرض جاره ليس حق ارتفاق، فما هو إلا حق شخصي ومحدود بوقت معين.[2]

جـ - إنتهاء حق الارتفاق

ينتهي حق الارتفاق بالاسباب التالية :

1- بانقضاء الاجل المحدد له (المادة 878) : فاذا تقرر حق ارتفاق على عقار لمدة خمس سنوات، فانه بانتهاء هذه المدة يتحلل العقار المرتفق به من حق الارتفاق ولا يصبح لصاحب العقار المرتفق حق الارتفاق.

2- بهلاك العقار المرتفق كليا : فاذا هلاك العقار المرتفق به ينقضي حق الارتفاق نهائيا (المادة 878) بسبب زوال العقار الذي كان واردا عليه .

3- باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد (المادة 878) ، فاذا اجتمع العقاران في يد مالك واحد ينقضي حق الارتفاق، إذ من بين شروط الارتفاق ان يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين.

1- د، زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه معهد الحقوق بن عكنون، 1993، ص 151.
2- Carbonnier : Op cit, Tome 3 les biens, 11ème édition, P 230.

4- ينقضي حق الارتفاق كذلك بعدم استعماله مدة عشر سنوات، أي أن حق الارتفاق يسقط بالتقادم بعدم استعماله لمدة عشر سنوات (المادة 879 مدني).

5- وكذلك ينقضي حق الارتفاق إذا فقد حق الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو بقيت له فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.(المادة 881 مدني)

6- كما ينتهي حق الارتفاق بالطريقة التي بينت المادة 880 مدني.

المطلب الثاني : الحقوق العينية التبعية

Droits réels accessoires

تتقرر هذه الحقوق ضمانا للوفاء بالالتزامات لذا سميت بالتأمينات العينية Surétés réelles أو الضمانات .

الأصل أنه يجب على المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، أي أنه يجب عليه أن يقوم بعين ما التزم به، وفي هذا الصدد تنص المادة 160 على أن «المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به».

فاذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه استطاع الدائن اجباره على ذلك، أي أن الدائن يحرك عنصر المسؤولية في الالتزام وذلك برفع دعوى لاجبار المدين على تنفيذه، وفي هذا الصدد تنص المادة 164 مدني على أنه « يجبر المدين بعد إعذاره ... على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ».

والتنفيذ على أموال المدين تحكمه قاعدة عامة وهي أن كل أموال المدين ضامنه للوفاء بديونه، وأن الدائنين متساوون في الضمان وهذا ما يعرف بالضمان العام، وهو ما نصت عليه المادة 188 مدني بقولها: « أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان.»

والقول أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه يعني أن مسؤولية المدين عن الوفاء بالتزامه مسئولية شخصية غير محددة بمال معين بذاته. بحيث يكون من حق الدائن التنفيذ على أي مال من الأموال المملوكة لمدينه وقت التنفيذ أو عليها جميعا.

والقول أن جميع الدائنين متساوون في الضمان يعني أنه لا أفضلية لأحدهم على غيره أيا كان تاريخ نشوء حقه، فالدائن السابق حقه في النشوء لا يمكن أن يدعي الأفضلية على الدائن المتأخر حقه في النشوء.

فاذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء بكل حقوق الدائنين، فيقتسمونها قسمة غرماء أي كل واحد منهم يستوفى حقه بنسبة قيمة دينه.

ولا يكتفي الدائن الحريص بالضمان العام وإلا عرض نفسه لخطر مزدوج، فمن ناحية فقد يعمل المدين إلى التصرف في أمواله فاذا جاء وقت التنفيذ لا يجد الدائن في ذمه مدينه ما ينفذ عليه، أو قد يسعى المدين إلى الزيادة في التزاماته من ناحية أخرى، فاذا جاء وقت التنفيذ ظهر دائنون آخرون إلى جانب الدائن يزاحمونه ويتقاسمون ما في ذمة المدين قسمة غرماء لأنه ليس لأي منهم أولوية على الآخر.

فالدائن الحريص على حقه يطلب من مدينه ضمانا خاصا. ويتحقق ذلك بتخصيص مال مملوك للمدين أو لغيره ضمانا للوفاء بدين الدائن.

فاذا تقرر للدائن تأمين عيني على مال معين فانه إذا جاء وقت التنفيذ ولم ينفذ المدين التزامه، فان للدائن التنفيذ على هذا المال، بالأولوية على غيره من الدائنين، وله كذلك أن يتبع المال المخصص له في أي يد كان والتنفييذ عليه.

والتأمينات العينية تجمعها فكرة تخصيص مال ضمانا للوفاء بدين.

وينشأ بعضها بمقتضى عقد رسمي أو عقد رضائي كما قد ينشأ بناءا على حكم قضائي أو بنص في القانون ويترتب على بعضها نقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن وفي البعض منها لا تنقل الحيازة من الراهن إلى المرتهن. كما أنه يجب أن يتم شهر هذه

الحقوق إذا كانت واردة على عقار.

وسأتعرض باختصار لمختلف أنواع الحقوق العينية التبعية.

الفرع الأول : الرهن الرسمي L'Hypothèque

عرفت المادة 882 الرهن بقولها : « الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان. »

وكان على المشرع أن يعرف الرهن باعتباره حقا، إذ الحق هو الغاية، والعقد هو وسيلة نشؤ هذا الحق، ومعالجة المشرع للرهن الرسمي في الباب الأول من الكتاب الرابع المعنون بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية دليل على أن الرهن الرسمي يقصد به الحق، لذا فيستحسن تعريف الرهن الرسمي بانه حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام، ويمكن الدائن المرتهن من تتبع العقار في أي يد يكون لإستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين التالين له.

وكقاعدة عامة لا يرد الرهن الرسمي إلا على العقارات وهذا ما نصت عليه المادة 1/886 بقولها : « لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. »

واستثناءا يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات التي يمكن شهرها كالسفينة.

وقد يكون العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه أومملوكا للغير إذ تنص المادة 1/884 على أنه : « يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين. »

ويعتبر حق الدائن المرتهن في إستيفاء حقه من ثمن العقار بالأفضلية هو جوهر الرهن الرسمي.

ويقصد بالأفضلية حق الدائن المرتهن في التقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين في المرتبة.

وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن بالقيد، أي أن الدائن الذي قيد حقه الأول يكون في المرتبة الأولى و من يقيد بعده يكون في المرتبة الثانية وهكذا ...

وإذا تصرف الراهن في العقار المرهون وانتقلت ملكيته إلى المتصرف إليه، فالدائن المرتهن يباشر حقه في مواجهة هذا الشخص، ويعتبر التنفيذ في مواجهة المتصرف إليه تتبعا.

ويلاحظ أن حق الدائن يرد على القيمة النقدية للعقار المرهون سواء كان ثمنا في حالة بيعه بالمزاد العلني ومقابل نقديا في حالات أخرى.

وفي الرهن الرسمي لا ينقل الراهن حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، بل تبقى الحيازة وكذلك الملكية للمالك وهو المدين الراهن ويكون بيد الدائن عقد رسمي يقرر له حق الرهن.

الفرع الثاني : الرهن الحيازي

تعرف المادة 948 الرهن الحيازي كما يلي: « الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيأ يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون. »

فالرهن الحيازي حق عيني ينشأ بمقتضى عهقد، ويخول الدائن المرتهن سلطة مباشرة على مال يحبسه في يده أو في يد الغير، ويستوفي منه حقه قبل الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد يكون هذا المال.

ويرد الرهن الحيازي إما على عقار Le Nantissement أو على منقول Le Gage ولقد نصت المادة 949 على أنه : «لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول أو عقار.»

ويتميز الرهن الحيازي أساسا بانتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى غير يعينه المتعاقدان، أي أن الرهن الحيازي يلزم الراهن بان يسلم العقار أو المنقول المرهون إلى الدائن المرتهن، وهذا ما نصت عليه المادة 951 :« ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي يعينه المتعاقدان لتسليمه.»[1]

ويخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن حبس الشيء المرهون إلى حين إستيفاء حقه، وفي هذا الصدد تنص المادة 962 مدني على أنه: « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على[2] الناس كافة، ...»

ويبقى الدائن المرتهن حابسا للشيء المرهون، فاذا وفى المدين الدين، وجب على الدائن المرتهن رد الشيء المرهون إلى مالكه (المدين) وهذا ما نصت عليه المادة 959 مدني بقولها: « يجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات.»

ولما كانت حيازة الشيء المرهون تنتقل إلى المرتهن ويبقى عنده إلى حين استيفاء حقه، فانه يجب عليه أن يحافظ عليه، ويقوم بصيانته بعناية ويكون مسئولا عن هلاك الشيء إذا كان هذا الهلاك ناتجا عن تقصير منه، وهذا ما قررته المادة 955 بقولها : «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه.»

1- النص العربي خاطئ في ذكر كلمة (لتسليمه) بدلا من (تسلمه).
2- النص العربي للمادة 962 خاطئ في ذكر كلمة (على) بدلا من كلمة (عن) والصحيح هو «... حبس الشيء المرهون عن الناس ...»
أنظر علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص 187.

وللمرتهن كذلك إدارة الشيء المرهون واستثماره، ويكون الانتفاع بالشيء لحساب الراهن، وما يكسبه المرتهن (الدائن) من صافي الريع ومن استثمار الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن (أي يخصم من مبلغ الدين) وما يبقى يعود للراهن باعتباره هو مالك الشيء. وهذا ما نصت عليه المادة 956.

وإذا كان إلى جانب الدائن المرتهن رهنا حيازيا دائنون آخرون، فانه يستوفي حقوقه بالافضلية أي بالأولوية، وتتحدد الأولوية في الرهن العقاري بالقيد (المادة 966) وفي الرهن الوارد على المنقول بثبوت تاريخ عقد الرهن (969)

الفرع الثالث : حق التخصيص Le droit d'affectation [1]

لم يضع المشرع تعريفا لحق التخصيص، ويمكن تعريفه بانه حق عيني تبعي، يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون.[2]

ويتقرر حق التخصيص بحكم من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو العقارات بناء على عريضة يتقدم بها طالب التخصيص (المادة 941 مدني).

ويتقرر حق التخصيص لمصلحة الدائن ضمانا لاستيفاء حقه (المادة 937) وعلى رئيس المحكمة أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات.

ويرد على العقارات المملوكة للمدين دون المنقولات إذ تنص المادة 940 على أنه: «لا يجوز أخذ حق التخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق، وجائز بيعها بالمزاد العلني.»

وللدائن الذي حصل على حق تخصيص على عقارات مدينه حق التقدم على

1- بعض التشريعات تسميه حق الاختصاص.

2- د. ابراهيم نبيل سعد : التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف الاسكندرية، ص 159.

الدائنين التالين له أي الدائنين الذين قيدوا حقوقهم بعده، إذ الأولوية تقرر بالأسبقية في القيد كما في الرهن الرسمي.

وكذلك يخول حق التخصيص تتبع العقار في أي يد يكون، للتنفيذ عليه واستيفاء حقه.

الفرع الرابع : حقوق الامتياز Les Privilèges

عرفت المادة 1/982 حق الامتياز بانه: « أولوية يقررها القانون لدين[1] معين مراعاة منه لصفته.»

ويستنتج من هذا التعريف أن المشرع أبرز فيه جوهر حق الامتياز وهو الافضلية التي يمنحها للدائن.

كما أنه يبين أن هذه الأولوية يقررها القانون، أي أن مصدر حق الامتيازهو القانون على خلاف الحقوق العينية التبعية الأخرى.

وهذه الأولوية التي يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينة في الحق المضمون، وتقرير المشرع لهذه الأولوية بالنظر لصفة في الحق تمليها أحيانا المصلحة العامة مثل امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة، وأحيانا أخرى لاعتبارات إجتماعية كما هو الشأن بالنسبة للامتياز المقرر للاجراء ضمانا لحقوقهم قبل رب العمل، كما قد يراعي المشرع مساهمة الدائن في إدخال المال في ذمة المدين، فيقرر اعتبار لذلك حق امتياز كامتياز بائع العقار، وبصفة عامة فلكل حق امتياز حكمة تبرره.

1- النص العربي خاطئ والصحيح هو « أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته.» أنظر النص الفرنسي لهذه المادة :

« Privilège est un droit de préférence concédé par la loi au profit d'une créance déterminée en considération de sa qualité .»

فالدين لا يكون له امتياز وإنما الامتياز يكون للحق، أنظر علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ص 256 - 257.

وقد ترد حقوق الامتياز على جميع أموال المدين وتسمى بحقوق الامتياز العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 984 : « ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ...» كامتياز الاجرة المستحقة للخدم والنفقة المستحقة للاقارب عن 6 لأشهر الأخيرة، وهذا ما نصت عليه المادة 993.

وحقوق الامتياز العامة تخول للدائن صاحب حق الامتياز استيفاء حقه بالأولوية من أموال المدين وقت التنفيذ عقارات كانت أو منقولات.

اما حقوق الامتياز الخاصة فانها ترد على عقار أو على منقول معين ، وتنص المادة 984 على ما يلي: « ... أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين. »

ومن الامتيازات الخاصة الواردة على المنقول امتياز صاحب الفندق على المنقولات المملوكة للنزيل وهذا ما نصت عليه المادة 986 :« المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الاقامة ... يكون لها الامتياز على الامتعة التي احضرها النزيل إلى الفندق أو ملحقاته. »

ومن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار، امتياز بائع العقار[1] على العقار المبيع وهذا ما نصت عليه المادة 999 بقولها: « ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع. »

وكذلك امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد البناء وهذا ما نصت عليه المادة 1000.

---

1 - يرى الاستاذ علي سليمان أن المادة 999 مدني الخاصة بامتياز بائع العقار عما يستحق له من ثمن متعارضة مع المادة 324 مكرر 1 مدني التي تقضي بوجوب دفع ثمن العقار بين يدي الموثق، إذ أن ثمن العقار يكون قد دفع بين يدي الموثق، فكيف يكون للبائع امتياز على الثمن ما دام المشتري دفع هذا الثمن، راجع في هذا الموضوع ضرورة إعادة النظر للأستاذ علي سليمان ص 70 وما يليها ، الصفحة 260 و ما يليها.

وتتميز هذه الامتيازات الخاصة بانها حقوق عينية تمنح لصاحبها حق التقدم على ثمن المال التي تقررت عليه، ومرتبة التقدم يحددها القانون.

المبحث الثالث

الحق الشخصي

Le droit personnel

هو سلطة يقررها القانون لشخص الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين، تمكنه من الزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه، تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن.

ويسمى الحق الشخصي، حقا إذا نظرنا إليه من ناحية الدائن، ويسمى التزاما إذا نظرنا إليه من ناحية المدين.

ويتميز الحق الشخصي بأنه لا يمكن صاحبه الحصول على حقه إلا بتدخل المدين، فرب العمل مثلا لا يستطيع أن يقتضى حقه إلا بتدخل المدين (العامل) وعلى هذا يختلف الحق الشخصي عن الحق العيني الذي هو سلطة مباشرة على الشيء ولا يستلزم وساطة بين صاحب الحق والشيء محل الحق، وسأتعرض لأركان الحق الشخصي ثم للمذاهب التي حاولت التقريب بين الحق الشخصي والحق العيني وأخيرا للمقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني.

المطلب الأول : أركان الحق الشخصي

أركان الحق الشخصي هي :

- طرفا الحق، وهما الدائن صاحب الحق، والمدين وهو الملتزم به.
- محل الحق وهو إما أن يكون اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

والالتزام بالقيام بعمل، التزام ايجابي، مثال ذلك التزام المقاول ببناء منزل، أو التزام الممثل بالعمل في مسرح معين.

أما الالزام بالامتناع عن عمل، فهو التزام سلبي، كالتزام التاجر بعدم منافسة من باع له المحل التجاري، وكذلك التزام الجار بعدم تعليه البناء إلى حد معين ...

أما الالتزام باعطاء شيء، فهو الالتزام بالقيام بكل ما هو لازم لاعطاء الشيء محل الالتزام، كالقيام بكل ما هو لازم لنقل الملكية، فالتزام المشتري بدفع الثمن هو التزام بنقل ملكية منقول وهو مبلغ من النقود، وقبل تنفيذ هذا الالتزام يكون للبائع حق شخصي قبل الملتزم به وهو المشتري وبمجرد ما ينفذ الملتزم التزامه ينقضي الحق الشخصي الذي كان للبائع ويصبح مالكا للمبلغ المدفوع.

فاذا كان العمل الذي يطلب من المدين أداؤه يرمي إلى نقل أو إنشاء حق عيني لمصلحة الدائن، سمي هذا التزام باعطاء شيء.[1]

ويتعدد الحق الشخصي بتعدد مصدره، فقد يكون مصدره العقد، أو الارادة المنفردة كالوعد بجائزة، أو الفعل الضار فيلتزم محدث الضرر بتعويض ما أحدثه من ضرر للغير أو الاثراء بلا سبب كالتزام المثرى برد ما أثري به بغير سبب، أو القانون كالالتزام بالنفقة، أو الفضالة فيرد رب العمل إلى الفضولي ما أنفقه.

المطلب الثاني : محاولة التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي

أتناول في هذا الموضوع نظريتين حاولتا التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي، ومن خلال الإنتقادات التي وجهت إلى هاتين النظريتين نتوصل إلى جوهر التفرقة بين الحق العيني والشخصي.

1- سأتعرض لانتقاد هذا الالتزام في المبحث الخاص بمحل الحق الشخصي.

أولا : المذهب الشخصي : من أنصاره Planiol - Savigny

ويذهب أنصار هذا المذهب إلى تقريب الحق العيني من الحق الشخصي بابراز الرابطة بين الأشخاص في الحق العيني كما في الحق الشخصي على أساس أنه في الحق العيني توجد كذلك علاقة بين صاحب الحق وكافة الناس الذين يكونون ملزمين باحترام هذا الحق.[1]

فاذا كان الحق الشخصي يتمثل في صاحب الحق، والمدين ومحل الحق، فالحق العيني كذلك يتمثل في صاحب الحق، ومحل الحق، والناس كافة إذ يلتزمون بالتزام سلبي وهو احترام هذا الحق والامتناع عن التعرض لصاحبه ويردّ على هذا الرأي بأن القول بانفراد الحق العيني بالعنصر السلبي المفروض على كافة الناس بعدم التعرض لصاحب الحق، قول غير صحيح لأن الحق الشخصي كذلك يستلزم احترام كافة الناس. مع ملاحظة أن الحق الشخصي يزيد عن الحق العيني بشيء جوهري يميزه عنه، وهو الجانب الخاص بالمدين إذ يستوفي الدائن حقه بواسطته، فيبقى التزام المدين في الحق الشخصي التزاما محددا ولا يجوز للدائن الحصول على حقه إلا بتدخل المدين.

ويمكن الرد على بلانيول بأن الحق العيني نافذ بالنسبة للجميع حقيقة، ولكن نفاذه يتم بصفة سلبية فقط أي بالتزام الناس كافة بعدم التعرض لهذا الحق، بينما الحق الشخصي يلزم المدين إما بعمل إيجابي أو سلبي.

وكذلك فالحق العيني سلطة على الشيء يمكن صاحبه (صاحب الحق) من تتبع الشيء واستيفاء حقه بالأفضلية.[2]

بينما في الحق الشخصي يتعلق حق الدائن بالضمان العام أي أن حقه يرد على كل أموال المدين، ويتقاسمها مع باقي الدائنين قسمة غرماء، فليس له حق أفضلية.

1- Starck : Droit Civil, introduction, LITEC 1976, P 82.

2- Mazeaud : OP cit, P 188 - 189.

ثانيا : المذهب المادي : من أنصاره Salleiles - Ginossar - Lambert

ووفقا لهذا المذهب، يعتبر المحل هو الأصل في الحق الشخصي، ومحل الحق الشخصي هو القيمة المالية وهي التي تعني الدائن ويهمه الحصول عليها، أما المدين فلا يهمه إلا أنه هو الواسطة التي يستطيع عن طريقها دفع هذه القيمة المالية.

فالحق الشخصي كالحق العيني كلاهما عنصر من عناصر الذمة المالية، وكما يستطيع صاحب الحق العيني أن يتصرف فيه بأن يبيعه، أو يهبه أو يرهنه ... وأن يجري عليه كل التصرفات، فكذلك الحق الشخصي هو أيضا عنصر مالي فبتجريد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين يقترب الحق الشخصي عن الحق العيني فالحق الشخصي هو علاقة غير مباشرة بالشيء بينما الحق العيني هو علاقة مباشرة.

وهذا الرأي كذلك منتقد،لأن الفرق بين الحق الشخصي والحق العيني يظل قائما، وصاحب الحق الشخصي تظل له مجرد سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق، ولا يمكنه استعمال هذه السلطة إلا بواسطة المدين، ويبقى للمدين في الحق الشخصي دور يؤديه للدائن، إذ تكون شخصية المدين محل اعتبار في بعض العقود، ولا يغني المدئن قيام شخص آخر بدلا من المدين بتنفيذ الالتزام، كمن يتعاقد مع رسام أو مهندس معين أو مطرب معين.

وتجدر ملاحظة أن المشرع تأثر بالمذهب المادي في حوالة الحق وفي حوالة الدين.

وليس ضروريا وجود الدائن وقت نشوء الالتزام، كما وفي الوعد بجائزة مثلا ولكن يجب أن يوجد أطراف الالتزام وقت تنفيذه.[1] على إنه لا يجوز في نفس الوقت إغفال دور المدين فلا يزال الالتزام رابطة بين شخصين، فلا بد من وجود طرفيه وقت التنفيذ.

1- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية القاهرة 1964، ص 123.

ووجود مدين معين وقت الالتزام هو الذي يقوم عليه الفرق الجوهري بين الحق الشخصي والحق العيني فلا يمكن إغفال الرابطة الشخصية في الالتزام وتظل التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني قائمة على هذا الأساس.

المطلب الثالث : المقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني

على الرغم من محاولات التقريب بين الحق الشخصي والحق العيني يظل الفرق بينهما قائما، ويبدو جليا من خلال المقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني .

1- إن محل الحق الشخصي هو القيام بعمل معين أو الإمتناع عنه، أما الحق العيني فيرد على شيء مادي منقولا كان أو عقارا.

2- الحق الشخصي هو استئثار غير مباشر، فلا يمكن صاحب الحق الحصول على حقه إلا بتدخل أو بواسطة المدين، وذلك حتى في حواله الحق إذ لابد من إعلانه أو موافقته لتكون نافذة في حقه وهذا ما نصت عليه المادة 241 مدني بقولها: « لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبرها بعقد غير قضائي ...»[1].

أما الحق العيني فهو استئثار مباشر بشيء، يمكن صاحب الحق من الحصول على المزايا التي يمنحها له حقه دون وساطة، فاذا كان حق ملكية فلصاحبه حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وإذا كان حق انتفاع فله استغلال الشيء واستعماله ويتم استعمال واستغلال الشيء دون وساطة.

3- الحقوق الشخصية ليست محصورة، وللأفراد أن ينشؤا ما شاؤا منها بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، أما الحقوق العينية فهي واردة في القانون على سبيل الحصر.[2]

1- نص المادة 241 خاطئ إذ ليس هناك عقد قضائي وعقد غير قضائي والصحيح هو "ورقة عرفية"، أنظر علي سليمان : ضرورة اعادة النظر في القانون المدني، ص 148-149.

2- لم ينص المشرع الجزائري على حق الحكر إلا أنه تبطق بشأنه أنه أحكام الشريعة الإسلامية. =

4- الحق الشخصي، حق مؤقت، فلا يمكن أن يبقى قائما إلى الأبد أي لا يمكن أن يبقى الشخص مدينا به للدائن طوال حياته، بينما الحق العيني كحق الملكية أبدي.

5- الحق الشخصي لا يكسب بالتقادم لأن موضوعه هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهو غير قابل للحيازة، ولايمكن بالتالي اكتسابه بالتقادم بينما الحق العيني يمكن اكتسابه بالتقادم.

6- الحق الشخصي يسقط بالتقادم بينما الحق العيني لا يسقط بالتقادم.

7- الحق الشخصي يخول صاحبه الحق في الضمان العام لمدينه، وهو ضمان لا يخول للدائن أي ميزة على بقية الدائنين بينما الحق العيني يعطي لصاحب الحق العيني التبعي حق الأفضلية والتتبع، وهذا يضمن له حقه أكثر.

8- هناك من يرى أن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي، بأنه نافذ في مواجهة الجميع، وهذا قول غير صحيح، وهو ناتج عن الخلط الذي وقعت فيه النظرية التقليدية في عدم التفرقة بين النفاذ والالزامية، إذ تنظر إلى الحق العيني من حيث نفاذه، ويكون نافذا بالنسبة للجميع، وتنظر إلى الحق الشخصي من حيث الزاميته، فهو ملزم لطرفيه فقط.[1]

والحقيقة هو أن الحق سواء كان حقا عينيا أو حقا شخصيا نافذ في مواجهة

ويلجأ إلى حق الحكر عندما يصعب على الجهة الموقوف عليها إستغلال الأرض مباشرة، وقد نص قانون الأوقاف، الصادر في 27 أفريل 1991 في المادة 42 على ما يلي :« تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية التنظيمية السارية المفعول، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية. » كما نصت المادة 45 من نفس القانون على ما يلي:« تنمي الأملاك الوقفية وتستمر وفقا للإاردة الواقف، وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم. » ويفهم من هذا أنه في هذه المسائل يجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فيكون وفقا لهذه المبادئ حق الحكر حقا عينيا يرد على الأراضي الموقوفة.

ويعرف حق الحكر بأنه حق عيني يخول صاحبه حق الانتفاع بالعين الموقوفة ولا ينتهي بموت المحكر، ويعتبر حق الحكر قيدا خطيرا على الملكية لأنه يجعل الانتفاع بالعين مقررا لمدة طويلة (د. عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت 1978، ص 1017.)

1- Duclos / Op cit, P 175.

الغير، ويجب على الجميع احترامه.

وألاحظ أخيرا أن هناك حقا شخصيا يقترب من الحق العيني، وهو حق الإيجار، فللمستأجر إلى جانب حقه الشخصي، حق عيني، إذ يمكنه استغلال واستعمال العين المؤجرة مباشرة بمجرد أن يمكنه المؤجر من ذلك [1] لهذا لجأ المشرع الفرنسي إلى إنشاء حق عيني جديد وهو "Emphyteose" وهو خاص بالإيجارات طويلة المدة [2] . ويمكن التنازل عن هذا الحق، كما يمكن حجزه، وكذلك يجوز رهنه، ولصاحبه أن يرفع دعاوى الحيازة لحمايته.

ولا يعرف القانون الجزائري مثل هذا الحق، ويبقى الايجار مهما طالت مدته حقا شخصيا، ولكنه يمتاز ببعض خصائص الحق العيني ومنها حماية المستأجر بدعاوى الحيازة وفقا للمادة 487 مدني.

كما أن المشرع أخضع الإيجارات التي تزيد مدتها عن اثنتي عشر سنة للشهر، مع أن الشهر خاص بالحقوق العينية، ولقد نصت المادة 17 من الأمر 75- 74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي :« إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم شهرها ... »

وللمستأجر حق تتبع العين المؤجرة، إذ الايجار الثابت التاريخ يسري في مواجهة الخلف الخاص وهذا ما نصت عليه المادة 511 مدني بقولها: « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر فيكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص. »

1- Weill : Op cit, P 91.

2- Marty et Raynaud : Op cit, les biens, P 155 et 192.

الفصل الثالث

الحقوق الذهنية أو المعنوية

Les Droits Intellectuels

لا تدرج هذه الحقوق ضمن الحقوق الشخصية، ولا ضمن الحقوق العينية كذلك لأنها ترد على شيء غير مادي، فمحلها أشياء معنوية غير محسوسة من إنتاج فكري وإبداع.

وتنقسم هذه الحقوق إلى طائفتين، حقوق الملكية الصناعية، وحقوق الملكية الفنية و الأدبية. ورغم أنها ليست حقوقا عينية، إلا أنه جرت تسميتها بحق الملكية الصناعية أو حق الملكية الأدبية. وتعتبر هذه التسمية، تسمية غير دقيقة لأن الحق العيني لايرد إلا على شيء مادي، وهذه الحقوق لا تعطي صاحبها السلطات التي يمنحها حق الملكية [1] ولكن سميت هكذا لأن لصاحبها الاستئثار بحقه، ولكن إلى جانب تمييز الحقوق الذهنية بجانبها غير المالي، فان لصاحبها الحق في الاستئثار بناتجها الذهني بصفة عامة أيا كان نوعه، فله الحق في استغلال حقه ماليا وهذا هو الجانب المادي أو المالي للحق الذهني، كما أن لصاحب الحق، الحق أن ينسب إليه ما أنتجه، وهذا هو الجانب المعنوي للحقوق الذهنية.

فللحقوق الذهنية طبيعة خاصة فهي تمزج بين الحق العيني والحق الشخصي.[2]

ولقد قرر لها المشرع حماية مدنية وجنائية.

وفيما يلي أتعرض للملكية الصناعية ثم للملكية الأدبية والفنية.

1- جميل الشرقاوي : مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 210.
2- د. حسن كيرة : المرجع السابق، ص 488 - 489.

المبحث الأول

حق الملكية الصناعية

ويشمل جانبه المالي حق الشخص في استغلال اختراعه، أما الجانب الأدبي فيتمثل في حقه في احتكار استغلال الاختراع، ويهدف هذا الحق عموما إلى حماية رجال الصناعة والمخترعين، فاذا بيعت منتجات معينة، فتحمي براءة الاختراع، والرسم والنموذج الصناعي والعلامة التجارية والعنوان التجاري [1] فترد الملكية الصناعية على منقول معنوي هو براءة الاختراع والرسوم والنماذج والعلامات التجارية والاسم التجاري، فمحل هذه الحقوق هو إما مبتكرات جديدة (Créations nouvelles) كالمخترعات والرسوم والنماذج وإما إشارات تستعمل لتمييز المنتجات (Signes distinctifs) كالعلامة التجارية.

وفيما يلي نشرح هذه الانواع.

1- براءة الاختراع : [2] (Brevet d'ivention)

هي شهادة رسمية تمنح للمخترع عن كل ابتكار جديد قابل للإستغلال الصناعي

1- Hubrecht et Agostini : Droit civil, 13ème edition Sirey, 1983, P 57.
2- لقد نظم أحكامها المشرع الجزائري بمقتضى الأمر 66 - 54 المورخ في 3 مارس 1966 المتعلق بشهدات المخترع وبراءات الإختراع. وتنص المادة الأولى منه على ما يلي :« يمكن للإختراعات الجديدة الناتجة عن نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق الصناعي أن تكون محمية بشهادة المخترع أو باجازة الإختراع. » وتنص المادة السابعة منه على أنه :« تمنح شهادة الإختراع من طرف السلطة المختصة ...» والسلطة المختصة أو الجهة المختصة بتسليم شهادة الإختراع هي المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية (I.N.A.P.I) الذي أنشئ بمقتضى الأمر 73- 62 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973 إذ تنص المادة 1/8 من قانونه الأساسي على ما يلي: « يتولى المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، فيما يتعلق بمادة الملكية الصناعية، الصلاحيات التالية على وجه الخصوص :
أ- إستلام وفحص طلبات شهادات المخترعين وبراءات الإختراع وتسجيلها وتسليم الشهادات والبراءات ونشرها ...»

سواء تمثل هذا الإبتكار في اختراع جديد أو في طريقة جديدة مستحدثة.[1]

فهذه الشهادة التي تمنح للمخترع تمكنه من استغلال اختراعه ماليا، ويستئثر به دون غيره ويحتج به في مواجهة كافة الناس.

ويمكن صاحب براءة الاختراع أن يتصرف فيه سواء بعوض أو بدون عوض، سواء كليا أو جزئيا.

2- الرسوم والنماذج الصناعية (Dessins et Modèles)

فالرسم هو كل ترتيب للخطوط بألوان خاصة أو بدونها فتكون خاصة بصاحبها ومميزة لصناعته، أما النموذج فهو كل شكل مجسم يجعل الشيء مميزا وصالحا للاستعمال الصناعي، ولقد نصت المادة الأولى فقرة 1 من الأمر 66 - 86 المؤرخ في 28 أفريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج على ما يلي: « يعتبر رسما كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد به اعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية.

يعتبر نموذجا كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي. »

ولصاحب الرسم أو النموذج الحق في استغلاله، ويقوم المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية بتسجيل الرسوم والنماذج ونشرها، وفقا لما نصت عليه المادة 3/8 من قانونه الأساسي: « استلام وفحص طلبات ايداع الرسوم والنماذج وتسجيلها ونشرها. »

ويحق لصاحب الرسم أو النموذج في أن يتصرف فيه.

1- Vouin et Robino : Op cit, P 471.

3- العلامة التجارية والصناعية [1]

Marque de Commerce, Marque de Fabrique

وهي كل رمز أو إشارة يستخدمها الشخص لتمييز صناعته أو خدمته عن غيرها وقد يتم ذلك إما بالكلمات أو الأحرف أو بالارقام أو بالرسوم ... ولقد نصت المادة 2 من الأمر 66-57 على ما يلي :« تعتبر علامات مصنع أو علامات تجارية أو علامات خدمة : الأسماء العائلية أو الأسماء المستعارة والتسميات الخاصة أو الإختيارية أو المبتكرة والشكل المميز للمنتجات أو شكلها الظاهر والبطاقات والأغشية والرموز وتركيبات أو ترتيبات الألوان والرسوم والصور أو النقوش والحروف والأرقام والشعارات وبصفة عامة التسميات المادية التي تصلح لتمييز المنتجات أو الأشياء أو الخدمات ... »

ويجوز لصاحب العلامة أن يتصرف فيها أو يتخلي عنها إذ تنص المادة 21 من الأمر 66-57 على ما يلي :« يجوز لصاحب العلامة أن يتخلى عنها بالنسبة لكل المنتجات التي تنطبق عليها ... »

كما تنص المادة 24 على أن الحقوق المتصلة بالعلامة قابلة للتحويل كليا أو جزئيا.

4- الاسم التجاري Nom Commercial

هو الاسم الذي يتخذه التاجر للدلالة على منشأته التجارية أو الصناعية لتمييزها عن غيرها من المنشآت، وهو وجوبي لأن القانون يلزم كل تاجر بأن يكون له إسم يميز محله عن غيره من المحلات.

وهذا الحق قابل للتصرف فيه باعتباره حقا من حقوق الملكية الصناعية.

1- لقد نظم المشرع أحكامها في الأمر 66 - 57 المؤرخ في 1966/3/19 المعدل والمتمم بالأمر 67-223 المؤرخ في 1967/10/19 المتضمن علامات المصنع والعلامات التجارية.

والاسم التجاري هو عنصر من عناصر المحل التجاري ويختلف تكوين الاسم باختلاف طبيعة صاحبه.

فاذا كان التاجر فردا فانه قد يتخذ اسمه الشخصي أو لقبه ويمكن أن يضيف تسمية يبتكرها.

أما إذا كان شركة أو مؤسسة مثلا فتكوين اسمها يخضع لشكلها .

إذا كانت شركة ذات مسؤولية محدودة فان اسمها يكون مستمد من اسم أحد الشركاء أو أكثر أو من غرضها.

5- العنوان التجاري

وهو ذلك الذي يوضع على لافتة المحل التجاري، وقد يستعمل الإسم التجاري كعنوان تجاري.

وتكون ملكية العنوان التجاري للأسبق في استعماله استعمالا ظاهرا.

والعنوان التجاري عنصر من عناصر المحل التجاري فلا يجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجاري.

المبحث الثاني

الملكية الأدبية والفنية [1]

Propriété littéraire et artistique

هي الحق الذي يكسبه المؤلف على المصنف أو على إنتاجه الفكري سواء كان فنيا أو أدبيا وسأتعرض في هذا الموضوع لأركان الحق، للتعريف بالمؤلف والمصنف ثم

1- لقد أنشأ المكتب الوطني لحق المؤلف O N D A بمقتضى الأمر 73- 46 المؤرخ في 1973/7/25 و من إختصاصتها الأساسية حماية التراث الثقافي الجزائري كما تولى حماية حقوق المؤلف الأدبية والمادية.

أتناول الطبيعة القانونية لحق المؤلف وهو قد يقترب من الحق العيني أحيانا و من الحقوق الملازمة للشخصية في أحيان أخرى وفقا لطبيعته القانونية.

المطلب الأول : أركان حق الملكية الأدبية والفنية

وأتعرض باختصار للمؤلف كطرف الحق ولمحل الحق وهو المصنف.

أولا - المؤلف : L'auteur

هو كل شخص ينتج إنتاجا ذهنيا أو فكريا أيا كان نوعه، وأيا كانت وسيلة التعبير عنه ما دام هذا الإنتاج يتضمن قدرا معينا من الابتكار ، فيعتبر الكاتب والرسام ، والملحن مؤلفين.[1]

وقد عرفت المؤلف المادة السابعة من الأمر 73-14 المؤرخ في 3 أفريل 1973 المتعلق بحق المؤلف كما يلي: «يعتبر مؤلف الانتاج، الشخص الذي يرد اسمه أو اسمه المستعار على الانتاج حسب الطريق المعهودة طالما لم يدع مجالا للشك في هويته ولم يثبت عكس ذلك.»

كما نصت المادة 6 من نفس الأمر على ما يلي: « يعتبر صاحب حق على إنتاج فكري معين، صاحب الانتاج ذاته ...»

فوفقا للنصين السابقين ، فان المؤلف كما سبق القول هو مبتكر الانتاج.

ثانيا - المؤلف أو المصنف L'œuvre

تعرفه المادة الأولى من الأمر 73-14 السابق ذكره بانه «كل إنتاج فكري مهما كان نوعه ونمطه وصورة تعبيره ومهما كانت قيمته ومقصده، يخول لصاحبه حقا يسمى حق المؤلف ...»

1- Vouin et Robino : Op cit, P 473.

ويستخلص من المادة الأولى والثانية من نفس الأمر أن طريقة التعبير عن المصنف قد تكون بالكتابة أو بالصوت أو بالرسم أو بالتصوير ...

كما أن المشرع لم يشترط أن تكون للابتكار قيمة معينة، إذ بمجرد ما يكون للمؤلف طابعه الخاص المتميز بالأصالة وبشخصية صاحبه يعتبر مؤلفا محميا بغض النظر عن قيمته.

وما ورد في المادة الثانية من مصنفات ذكر على سبيل الميثال وليس على سبيل الحصر.

المطلب الثاني : طبيعة حق المؤلف

لحق المؤلف طبيعة مزدوجة، له جانب أدبي وجانب مالي وفيما يلي نعرض للحق المالي ثم للحق الأدبي .

أولا : الحق المالي Droit Pécuniaire

ويتمثل هذا الحق في استفادة صاحبه ماديا من المصنف عن طريق استغلاله، فله الحق في الإستفادة ماديا من نشر مولفه، ومن ترجمته، إذا سمح لغيره بنقل مصنفه إلى لغة أخرى، كما أن له الحق في إظهار مصنفه في شكل جديد، والإستفادة ماديا منه كتعديله، أو كأن يكون قصة أدبية فيجعل منها مسرحية أو عرضا سنمائيا.

ولقد بينت المادة 23 من الأمر 74-13 محتوى حق المؤلف إذ نصت على ما يلي: « يتمتع المؤلف بحق استغلال إنتاجه دون غيره بمختلف الأشكال وأن يستفيد منه استفادة مالية، ويمارس الحق المسمى بالحق المالي في حدود الإحتكارات التي توسسها الدولة ...»

ولهذا الحق خصائص، فهو قابل للتصرف فيه، وينتقل هذا الحق إلى الورثة فيستئثرون به لمدة معينة وهي 25 سنة من وفاة مورثهم (المؤلف) وبعد انقضاء هذه المدة

يدخل المصنف في التراث الوطني، وهذا ما نصت عليه المادة 60 من الأمر 73-14 بقولها: « تجري حماية الحقوق المالية للمؤلف طوال حياته ولفائدة ورثته 25 سنة من بداية السنة المدنية التي تعقب وفاته، وبعد انقضاء هذا الأجل يصبح التأليف ملكا للجمهور.»

ثانيا : الحق الأدبي Droit Moral

وهذا الحق متصل بشخصية صاحبه فله الحق في حماية جانب من جوانب شخصيته إذ أن الانتاج هو ابتكار فكر صاحبه، فله تقدير نشره من عدمه، أو تعديله، أو سحبه من التداول إن شاء، وهذا الحق الأدبي لا ينقضي بانقضاء مدة معينة بل يظل قائما وثابتا للمؤلف وينتقل إلى الورثة، ولا يكون لهم إلا المحافظة على سمعة مورثهم ورقابة استمرار استغلال المصنف بالطريقة التي اختارها مورثهم.[1]

ولقد نصت المادة 22 من الأمر 73-14 السابق ذكره على ما يلي :« يتمتع المؤلف بحق احترام اسمه وصفته وانتاجه، أن الحق المسمى بالحق المعنوي يكون حقا مرتبطا بشخصيته دائما، وغير قابل للتحويل، وللتقادم،وهو حق منتقل إلى ورثته أو مخول للغير في إطار القوانين الجاري بها العمل .»

فهذا الحق يتميز بأنه حق ملازم للشخصية فلا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه، كما أنه لا يجوز التنازل عنه ولا يسقط عن صاحبه بالتقادم.

1- Marty et Raynaud : op cit, P 269:

الباب الثاني
أركان الحق

إن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا له، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، ولصاحب الحق مميزات قد تثبت له مباشرة بمجرد ميلاده كالإسم، وأهليه الوجوب، والذمة المالية، وموطن إلزامي وحالة معينة، وقد تثبت له في وقت لاحق وبشروط معينة كأهليه الأداء، كما تكون للشخص الاعتباري مميزاته الخاصة ، أتعرض لهذا في الفصل الأول، الخاص بأطراف الحق، أما الفصل الثاني الخاص فأتعرض فيه لمحل الحق ويختلف محل الحق العيني عن الحق الشخصي وأتعرض في الفصل الثالث لمصدر الحق ولا يمكن تصور الحق بدون هذه الاركان.

الفصل الأول

أطراف الحق

تثبت الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بولادته حيا فتكون له أهلية وجوب ناقصة اسم وذمة مالية.

وقد تمنح الشخصية القانونية لمجموع من الأشخاص أو الأموال، وتسمى الشخص المعنوي، ويشترط القانون توافر شروط لمنح الشخصية المعنوية .

وسأتعرض لذلك بالتفصيل الآتي، فأخصص المبحث الأول لدراسة الشخص الطبيعي، والمبحث الثاني لدراسة الشخص المعنوي.

المبحث الأول

الشخص الطبيعي

أتناول في هذا المبحث، بداية الشخصية الطبيعية وانتهائها ثم أتعرض لميزاتها من اسم وحالة، وموطن، وأهليه، وذمة مالية.

المطلب الأول : بداية الشخصية ونهايتها

الفرع الأول : بداية الشخصية

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وهذا ما نصت عليه المادة 1/25 مدني بقولها: « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ... »

ويقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن أمه إنفصالا تاما. ويشترط لبدأ الشخصية القانونية ولادة الشخص حيا ولو للحظة قليلة، ويمكن التعرف على حياة

المولود ببعض المظاهر كالصراخ والحركة والتنفس.

وتثبت واقعة الميلاد بالسجلات المعدة لذلك بشهادة الميلاد أو بكافة الطرق الأخرى.

أما الجنين الذي يموت في بطن أمه أو ينفصل عنها بالإجهاض، أو يموت أثناء الولادة، فلا تثبت له الشخصية القانونية.

فاذن تثبت للشخص الطبيعي الشخصية القانونية حتى لو مات بعض لحظات من ميلاده، أو تكون له أهلية وجوب فيكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات.

فالشخصية القانونية ترتبط بالميلاد إذ الأصل أنه لا تثبت للجنين الشخصية القانونية وبما أن له وجودا منذ تكوينه فلهذا تثبت له الشخصية القانونية منذ وجوده، ولقد نصت المادة 2/25 على ما يلي:« على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا ».[1]

ويثبت للحمل الحق في الميراث (المادة 128 أسرة)، فاذا كان الحمل هو الوارث وحده توقف له كل التركة أما إذا كان وارث مع غيره فيوقف له نصيب أيهما أكثر أي الذكر أم الأنثى، وفي هذا الصدد نصت المادة 173 أسرة على ما يلي :« يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فان كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها. »

كما يكون له الحق في ثبوت نسبه لأبيه، إذا كان الزواج شرعيا أو إذا وضع الحمل خلال (10) عشر أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة و هذا ما نصت عليه المادة 43 أسرة.

1- د. علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 80.يرى أن المادة 2/25 نصت على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية ، والحقوق المدنية تشمل الحقوق العامة والحقوق الخاصة.
وهذه الأخيرة تتضمن الحقوق العينية والحقوق الشخصية، ومن بين الحقوق الشخصية ما يتطلب الأهلية الكاملة فلا يمكن أن تثبت للجنين.

وتثبت كذلك للحمل الحقوق الملازمة للشخصية، كحقه في الحياة وفي عدم التعرض له، لذلك يعاقب القانون من يمارس الإجهاض أو يساعد عليه[1]، إلا أنه يكون مباحا إذا فرضته الضرورة القصوى كالخطر الذي يهدد حياة الأم.

كما يثبت للحمل الحق في الهبة، إذ نصت المادة 209 أسرة على ما يلي :«تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا.»

كما أن له الحق في الوصية أيضا، وهذا ما تضمنته المادة 187 أسرة التي تنص على ما يلي:« تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.»

إلا أنه يلاحظ أن اكتساب الشخصية القانونية واكتساب الحقوق متوقف على ولادة الجنين حيا، أما إذا ولد ميتا فيعتبر كأن لم يكن بالنسبة للتركة وباقي الحقوق كالهبة والوصية وتعود الأعيان إلى أصحابها أو إلى ورثتهم.

الفرع الثاني : انتهاء الشخصية

تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية أو بالوفاة الحكمية.

أولا : الوفاة الطبيعية

تثبت واقعة الوفاة بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن اثباتها بكافة الطرق الأخرى وهذا ما تضمنته المادة 26 مدني التي تنص على أن :« تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك.

وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما ادرج في السجلات، يجوز الاثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية.»

ويترتب على الوفاة أن تعتد الزوجة عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام

1- Atias : Op cit, P 19.

تبدأ من تاريخ الوفاة، وبعد انقضائها تستطيع أن تتزوج غيره.

وتنقضي الشخصية القانونية بالوفاة، فتنتقل حقوق المتوفى، المالية إلى ورثته وذلك بعد سداد ما عليه من ديون وفقا لقاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون ". هناك من يرى أن الشخصية القانونية للمتوفى تستمر بعد وفاته بصفة إفتراضية وذلك إلى حين سداد ديونه، وافتراض ذلك أمر غير مقبول ومخالف للطبيعة، وهذه حيلة اصطنعها الذين حاولوا ابقاء أموال المتوفى على ذمته حتى يتم سداد الديون، ولا أوافق هذا القول، فالتركة تنتقل إلى الورثة ولكن لا تخلص لهم إلى حين سداد الديون، فالشخصية القانونية لا يمكن أن تستمر بعد الوفاة.

ويلاحظ أن انتهاء الشخصية القانونية بالوفاة ينتج عنه أنه لا يمكن الشخص التعبير عن إرادته، إذ لا تبقى الإرادة قائمة، ولا تستمر بعد الوفاة، لكن استثناءا تظل الشروط التي اشترطها المتوفى أحيانا قائمة ويعمل بها، كما في حالة تقرير الواقف لبعض الشروط المنظمة للوقف، فيعمل بها حتى بعد وفاته، ولقد نصت المادة 16 من قانون الأوقاف على ما يلي : « يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه.»

وكذلك الحال بالنسبة للواهب والموصي فان إرادته تستمر بعد وفاته إذا اشترط على الموهوب له أو الموصى له عدم التصرف في الأموال التي انتقلت إليه فيلتزم الخلف بالتقيد بارادة السلف ولا ينتهي هذا التقيد بوفاة المشترط.[1]

ولكن تفاديا لعدم الاضرار بالخلف فان شرط المنع من التصرف يجب أن يحقق مصلحة للمشترط أو المتصرف إليه أو الغير، ويجب تحديد شرط المنع من التصرف بمدة معينة، مما يجعل الارادة تستمر بعد الوفاة لمدة محددة معينة ويزول أثرها التقييدي بانقضاء هذه المدة.

1- Atias : Op cit, P 33.

ثانيا : الموت الحكمي

تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكمي، وهو ليس موتا فعليا ولكنه موت تقرره المحكمة في أحوال معينة. ويسبق الحكم بالفقدان أولا ثم يليه الحكم بالوفاة، لهذا سأتعرض لهما معا مبينة الآثار المترتبة على كل منهما.

أ ـ الحكم بالفقدان

1 ـ التفرقة بين الغائب والمفقود

يجب أولا أن نفرق بين الغائب والمفقود، إذ يصدر بصدد كل منهما الحكم بالفقدان.

فالغائب هو شخص غير حاضر في محل إقامته، وليس له موطن معلوم، فاذا صدر حكم بفقدانه أخذ حكم المفقود وفقا لما نصت عيه المادة 110 أسرة ، ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة من الغياب.

أما المفقود، فتعرفه المادة 109 أسرة بانه الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من مماته. ولا يعتبر الشخص مفقودا إلا بعد صدور حكم بالفقدان بشأنه.

2 ـ الآثار التي تترتب على الحكم بالفقدان

إذا صدر حكم بفقدان الشخص، فانه يعتبر مازال حيا سواء بالنسبة لأمواله أو زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته.

بالنسبة لأمواله : لا تقسم أمواله بين الورثة، ويرى جمهور المالكية أن المفقود يرث من غيره وإن لم يورث لأن حياته هي الأصل الثابت قبل الحكم بموته، فيوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها[1] وهذا تضمنته المادة 111 أسرة إذ تنص على ما يلي: «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من

1- د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر 1985، الجزء الخامس، ص 783.

الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويستلم ما استحقه من ميراث وتبرع ...»

فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الحكم بالفقدان فالمفقود يرث من مات قبل الحكم بوفاته.

بالنسبة لزوجته : تبقى الزوجة على ذمة زوجها لأنه يعتبر حيا ألا أنه يكون لها أن تطلب التطليق وفقا للمادة 53 أسرة التي تجيز لها طلب التطليق في حالة هجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر إذ نصت على ما يلي: « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية ...

الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة ...»

ب ـ الحكم بالوفاة

1- حالات الحكم بالوفاة

تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص.

يحكم القاضي بوفاة المفقود بناءا على طلب أحد الورثة ، أو من له مصلحة أو النيابة العامة (المادة 114 أسرة)« ونفرق في ذلك بين حالتين :

الحالة الأولى : الحالة التي يغلب فيها الهلاك : كحالة الحرب والحالات الاستثنائية، كزلزال أو حريق أو كمن يخرج من بيته لقضاء حاجته ولم يعد.

فالقاضي يحكم بالموت بعد مرور 4 سنوات من غياب الشخص.

الحالة الثانية : الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك : كالمسافر أو كالذي يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار، فهي حالات لا يغلب فيها احتمال هلاك

الشخص، لذلك تكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة المطلوبة التي يتم بعدها الحكم بالموت ويجب في جميع الأحوال ألا تقل المدة عن 4 سنوات، وهذا ما تضمنته المادة 113 بقولها : « يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات. »

2- الآثار المترتبة على الحكم بالوفاة

- بالنسبة لأمواله : يعتبر المفقود بعد الحكم بوفاته ميتا، فتوزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة، فمن مات من الورثة قبل صدور الحكم لا يرث منه لأنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت المورث وهذا ما نصت عليه المادة 128 أسرة.

- بالنسبة للزوجة : فانها تعتد عدة الوفاة ويجوز لها بعدها أن تتزوج بغيره، وعدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة.

3- ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته

لقد يحدث أن يظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، وإذا حدث ذلك فعلا فان له أن يسترجع ما تبقى من أمواله عينا أو يسترجع قيمة مابيع منها، وهذا ما نصت عليه المادة 115 بقولها: « لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها. »

أما بالنسبة للزوجة، فلم يضع المشرع حكما لها، إلا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على أنه إذا ظهر المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة، فهي لزوجها الأول لأن الزواج الثاني صحيح في الظاهر لا في الباطن، فاذا ظهر المفقود كان الزواج باطلا، ولكن اختلف الفقهاء حول مسألة عودة المفقود بعد أن تكون زوجته أخذت عدة الوفاة وتزوجت بغيره ودخل بها.

فوفقا للفقه المالكي تسقط عصمة الزوج الأول بدخول الثاني بها.[1]

ويرى بعض أصحاب الشافعي أنه إذا عاد زوجها الأول بعد دخول الثاني بها، فيختار الأول بين امرأته والصداق، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الثاني وتثبت عنده، وإن اختار امرأته فتعود إليه.[2]

والأرجح في هذا رأي الفقه المالكي، ويذهب القانون المصري إلى التفرقة بين حسن نية الزوج الثاني وسوء نيته، فاذا كان الزوج الثاني سيء النية يعلم بحياة الزوج الأول فالزوجة تعود لزوجها الأول بعد ظهوره[3] وأرى بأنه في هذه الحالة الزواج الثاني غير صحيح، لأن الزوج يعتبر زاني إذا كان عالما بحياة زوجها الأول ويكون زواجه غير صحيح .

المطلب الثاني : مميزات الشخصية الطبيعية

يكتسب الشخص الطبيعي الشخصية القانونية بمجرد ميلاده، وتثبت له مميزاتها من اسم يميزه عن غيره. وهذا ما أتعرض له في فرع أول، كما تكون له حالة عائلية، ولكن قد لا تبت للقيط هذه الحالة إستثناءا، ولكن تكون له بالزواج حالة تربطه بأقارب زوجته وهذا أتعرض له في فرع ثان ، كما أتناول الذمة المالية والموطن والأهلية باعتبارها من مميزات الشخصية القانونية.

الفرع الأول : الإسم

الإسم هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره. وللإسم معنيان، معنى ضيق ويقصد به الإسم الشخصي Prénom والمعنى الثاني يقصد به اللقب أو إسم الأسرة Nom de famille ou patronimique.

1- الإمام مالك : المدونة الكبرى : مجلد 2، ص 92 - 91.
2- ابن قدامى : المغني ويليه الشرح الكبير ، الجزء 9، ص 136 - 138.
3- حسن كيرة : المرجع السابق، ص 535.

وتنص المادة 1/28 مدني على أنه : « يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده. »

وهناك أنواع أخرى للإسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة، وحمايتها تكون بقدر حماية الإسم المدني، من ذلك إسم الشهرة والإسم المستعار والإسم التجاري

إسم الشهرة Le Surnom وهو اشتهار الشخص باسم آخر بين الناس، وإسم الشهرة هو من صنع الناس أي الغير هو الذي يطلق على الشخص هذا الإسم، واسم الشهرة جدير بحماية القانون.

الاسم المستعار Pseudonyme ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق عرض معين كاخفاء شخصيته في مناسبة معينة، وقد يكون الغرض سياسيا كتسمية رجال المقاومة باسماء مستعارة لإخفاء أسمائهم الحقيقة. والشخص حر في اختيار هذا الاسم، وكذلك هذا الاسم يحميه القانون إذا استعمله صاحبه بصفة مستمرة.[1]

الإسم التجاري : وهو استخدام التاجر اسما يمارس تحته تجارته ويكون مميزا لمحله التجاري، وعنصرا من عناصره وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقا للمادة 78 تجاري، وأتعرض فيما يلي للإسم المدني، فأبين طريقة إكتسابه، ومميزاته حمايته وفي الأخير طبيعته القانونية.

أولا : الإسم المدني

أ ـ كيفية اكتساب الاسم العائلي

1 ـ النسب : وهو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم، فينسب الولد لأبيه إذا كان الزواج شرعيا ،أما بعد وفاة الزوج أو الطلاق فينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر .

1- Carbonnier : Op cit, tome 1 , P 286.

وكذلك يثبت النسب بالاقرار، أي باقرار البنوة لمجهول النسب[1] ولو تم ذلك الاقرار في مرض الموت.

2 ـ بالقانون : يختار ضابط الحالة المدنية إسم للقيط وللشخص المولود من أبوين مجهولين أو للذين ليس لهم إسم شخصي ويتم ذلك بمنحه عدة أسماء على أن يعتبر آخرها إسمه العائلي، وهذا ما تضمنته المادة 4/64 من الأمر 70 - 20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن الحالة المدنية.

3 ـ الزوجية : جرت العادة الغربية على أن تحمل الزوجة لقب زوجها طبقا لقاعدة عرفية، ولا تفقد لقبها العائلي، فيكون لها اسمان، ولها الاختيار بينهما، إذ حمل الزوجة للقب زوجها لا يعد من الواجبات الزوجية. ولقد جرى العرف على أن تفقد الزوجة لقب زوجها بالطلاق.[2] وأن تظل المرأة الأرمل محتفظة باسم زوجها إذا لم تتزوج بعد وفاته.

ويلاحظ أن موقف القضاء الفرنسي[3] من منح الزوجة حق الإحتفاظ باسم زوجها بعد الطلاق موقف جدير بالإعتبار.

ب ـ كيفية اكتساب الاسم الشخصي Prénom

تقضي المادة 64/1-2-3 من الأمر المتضمن الحالة المدنية السابق ذكره بانه يختار للشخص، اسم شخصي من طرف الأب أو الأم، أو من طرف من يبلغ عن ولادته.

ويجب أن تكون الأسماء جزائرية باستثناء الأولاد المولودين من أبوين غير

1- Benmelha : Op cit, P 262.

2- Carbonnier : OP cit, tome 1, P 296.

3- يذهب القضاء الفرنسي إلى إعطاء الزوجة الحق في الإبقاء على إسم زوجها العائلي بعد الطلاق، وهذا إذا تم الإتفاق على ذلك بين الزوجين، وصار ملزما للزوجة،ولا يجوز للزوج التراجع عنه إلا بحكم من القضاء بتقديم سبب جدي، كما يجوز للزوجة المطالبة بالاحتفاظ باسم زوجها العائلي بعد الطلاق، ولقضاة الموضوع سلطة تقدير المصالح التي تدعيها الزوجة، وهذه المصالح قد تكون مادية أو أدبية. (Carbonnier : Op cit, Tome 1, P 296 - 297)

وتنص المادة 1/28 مدني على أنه : « يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده.»

وهناك أنواع أخرى للإسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة، وحمايتها تكون بقدر حماية الإسم المدني، من ذلك إسم الشهرة والإسم المستعار والإسم التجاري

إسم الشهرة Le Surnom وهو اشتهار الشخص باسم آخر بين الناس، وإسم الشهرة هو من صنع الناس أي الغير هو الذي يطلق على الشخص هذا الإسم، واسم الشهرة جدير بحماية القانون.

الاسم المستعار Pseudonyme ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق عرض معين كاخفاء شخصيته في مناسبة معينة، وقد يكون الغرض سياسيا كتسمية رجال المقاومة باسماء مستعارة لإخفاء أسمائهم الحقيقة. والشخص حر في اختيار هذا الاسم، وكذلك هذا الاسم يحميه القانون إذا استعمله صاحبه بصفة مستمرة.[1]

الإسم التجاري : وهو استخدام التاجر اسما يمارس تحته تجارته ويكون مميزا لمحله التجاري، وعنصرا من عناصره وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقا للمادة 78 تجاري، وأتعرض فيما يلي للإسم المدني، فأبين طريقة إكتسابه، ومميزاته حمايته وفي الأخير طبيعته القانونية.

أولا : الإسم المدني

أ ـ كيفية اكتساب الاسم العائلي

1 ـ النسب : وهو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم، فينسب الولد لأبيه إذا كان الزواج شرعيا ،أما بعد وفاة الزوج أو الطلاق فينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر .

1- Carbonnier : Op cit, tome 1 , P 286.

وكذلك يثبت النسب بالاقرار، أي باقرار البنوة لمجهول النسب[1] ولو تم ذلك الاقرار في مرض الموت.

2 ـ بالقانون : يختار ضابط الحالة المدنية إسم للقيط وللشخص المولود من أبوين مجهولين أو للذين ليس لهم إسم شخصي ويتم ذلك بمنحه عدة أسماء على أن يعتبر آخرها إسمه العائلي، وهذا ما تضمنته المادة 4/64 من الأمر 70 - 20 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن الحالة المدنية.

3 ـ الزوجية : جرت العادة الغربية على أن تحمل الزوجة لقب زوجها طبقا لقاعدة عرفية، ولا تفقد لقبها العائلي، فيكون لها اسمان، ولها الاختيار بينهما، إذ حمل الزوجة للقب زوجها لا يعد من الواجبات الزوجية. ولقد جرى العرف على أن تفقد الزوجة لقب زوجها بالطلاق.[2] وأن تظل المرأة الأرمل محتفظة باسم زوجها إذا لم تتزوج بعد وفاته.

ويلاحظ أن موقف القضاء الفرنسي[3] من منح الزوجة حق الإحتفاظ باسم زوجها بعد الطلاق موقف جدير بالإعتبار.

ب ـ كيفية اكتساب الاسم الشخصي Prénom

تقضي المادة 1/64-2-3 من الأمر المتضمن الحالة المدنية السابق ذكره بانه يختار للشخص، اسم شخصي من طرف الأب أو الأم، أو من طرف من يبلغ عن ولادته.

ويجب أن تكون الأسماء جزائرية باستثناء الأولاد المولودين من أبوين غير

1- Benmelha : Op cit, P 262.

2- Carbonnier : OP cit, tome 1, P 296.

3- يذهب القضاء الفرنسي إلى إعطاء الزوجة الحق في الإبقاء على إسم زوجها العائلي بعد الطلاق، وهذا إذا تم الإتفاق على ذلك بين الزوجين، وصار ملزما للزوجة،ولا يجوز للزوج التراجع عنه إلا بحكم من القضاء بتقديم سبب جدي، كما يجوز للزوجة المطالبة بالاحتفاظ باسم زوجها العائلي بعد الطلاق، ولقضاة الموضوع سلطة تقدير المصالح التي تدعيها الزوجة، وهذه المصالح قد تكون مادية أو أدبية. (Carbonnier : Op cit, Tome 1, P 296 - 297)

مسلمين إذ يجوز لهم إتخاذ أسماء غير جزائرية.

ولقد تدخلت الدولة بوضع قائمة بأسماء معينة، ولابد أن يكون الإسم المختار للمولود من بين الأسماء الواردة في هذه القائمة وإلا امتنع ضابط الحالة المدنية عن اعطاء المولود إسما آخر.

ويجوز للشخص تغيير إسمه ولقبه وفقا لإجراءات معينة[1] ولا بد أن تكون له مصلحة مشروعة تقتضي طلب التغيير، من ذلك الإحراج من حمل اسم معين مثلا.

ثانيا : مميزات الإسم

يتميز الإسم بميزتين أساسيتين وهما :

– عدم القابلية للتصرف فيه أو النزول عنه، فهو حق من الحقوق الملازمة للشخصية.

– عدم خضوعه لنظام التقادم، فلا يترتب على عدم استعمال الشخص اسمه مدة زمنية معينة، أن يسقط اسمه بالتقادم، أي لا يسقط حقه في التسمي به. كما أن إنتحال الشخص اسم غيره لا يكسبه الحق فيه بالتقادم.[2]

ثالثا : حماية الإسم

يحظى الاسم بحماية قانونية قررها المشرع، وتطبق على مختلف أنواعه دون تمييز سواء كان الإسم مدني، أو إسما مستعارا أو إسم شهره.

والإعتداء على الإسم يتم إما بانتحال الغير اسم شخص دون حق وإما بمنازعة من الغير في استعمال الاسم.

1- هذا ما تضمنته المواد 55 إلى 57 من الأمر المتضمن الحالة المدنية.
2- لقد أصبح القضاء الفرنسي اليوم يقبل اكتساب الشخص، الإسم بالإستعمال المستمر، ولم تحدد المدة المطلوبة لذلك، على أنها مدة طويلة جدا تقارب المئة سنة.
أنظر في هذا الموضوع : Atias : Op cit, P 87

ـ انتحال الاسم دون حق : أي أن يتسمى الغير باسم شخص معين ويستعمل هذا الاسم دون أن يكون له في الأصل.

ـ المنازعة غير المبررة في استعمال الغير للاسم : يتخذ الاعتداء على الحق في الإسم شكل المنازعة، ويتمثل ذلك في أمرين وهما : إما الإعتراض على التسمي بهذا الإسم، فيدعي شخص انتفاء حق شخص آخر في التسمي والتمتع باسم معين وإما إشاعة عدم أحقيته في الإسم بين الناس.

وتتمثل حماية الإسم في حق الشخص في المطالبة بوقف الاعتداء والمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وتنص المادة 48 من القانون المدني على ما يلي: « لكل من نازعه الغير في استعمال حقه، دون مبرر، و من انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. »

إلى جانب هذا تنص المادة 1/249 من قانون العقوبات على أن: « كل من انتحل اسم الغير في ظروف أدت إلى قيد حكم في صحيفة السوابق القضائية لهذا الغير أو كان من الجائز أن تؤدي إلى ذلك، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات دون الإخلال باتخاذ الإجراءات ضده بشأن جناية تزوير إذا اقتضى الحال ذلك. »

رابعا : الطبيعة القانونية للإسم

اختلفت الأراء في تحديد الطبيعة القانونية للإسم، فهناك من يرى أنه واجب إذ ليس للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم[1].

وذهب رأي إلى أن اتخاذ الشخص لإسم معين ما هو إلا مجرد نظام إداري، نظام للبوليس المدني Une institution de police civile فالاسم نظام إداري اقتضته مصلحة الدولة، وذلك لعدم الخلط بين الافراد، فليس للشخص حق على اسمه، بل هو التزام أو واجب يقع عليه.

1- د. حسن فرج ويحي مطر : الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، 1988، ص 269.

ولكن الحقيقة هي أن الإسم ليس مجرد التزام، فهو حق يحميه القانون.

وذهب رأي آخر إلى القول بان الإسم حق، فهو حق ملكية على شيء معنوي، ولقد اتخذ القضاء الفرنسي هذا الموقف، ولكن يعاب على هذا الرأي أن الإسم يفتقر إلى أهم سمات حق الملكية، فهو لا يكتسب بالتقادم، وهو غير قابل للتصرف فيه، فهو خارج عن دائرة التعامل.[1]

وهناك من يرى أن الإسم حق وواجب في نفس الوقت، فهو ذو طبيعة مزدوجة، إذ من واجب كل شخص أن يكون له اسم يميزه عن غيره، وبعد أن يكتسبه لا يستطيع تغييره إلا باتباع إجراءات خاصة.[2]

وذهب رأي آخر إلى أن الإسم حق من حقوق الأسرة، وانتقد هذا الرأي على أساس أن اللقيط ومجهول الأبوين يتمتعان بالإسم رغم أنهم لا ينتمون إلى أسرة.[3]

وأرى أن هذا الرأي الأخير جدير بالإعتبار، إذ منح اللقيط ومجهول الأبوين اسما رغم عدم انتمائهم إلى أسرة ما هو إلا استثناء ، إذ الغالب أن اسم الشخص ينتج عن انتمائه إلى أسرة معينة، وهو إلى جانب هذا حق من حقوق الشخصية، فالاسم مرتبط بالشخص ولا يمكن أن يكون إلا حقا من الحقوق الملازمة للشخصية.[4]

وإذا كان للإسم آثار ذات طبيعة عامة كتمييز الدولة الأفراد عن بعضهم البعض بفرض أسماء عليهم، فهذا لا يغير من الطبيعة القانونية الأصلية للإسم.[5]

الفرع الثاني : الحالة

تعتبر الحالة من مميزات الشخصية القانونية، فتكون للشخص حالة سياسية وعائلية وحالة دينية.

1- د. حسن كيرة : المرجع السابق، ص 549.
2- د. حسن كيرة : نفس المرجع، ص 554 - 555.
3- محمد حسام محمود لطفي : موجز النظرية العامة للحق، القاهرة 1991، ص 109.
4- Carbonnier : OP cit, Tome 1, P 282.
5- د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق، ص 30.

فارتباط الشخص بالدولة يحدد حالته السياسية، وارتباطه بعقيدته يحدد حالته الدينية، وانتماء الشخص إلى أسرة معينة يحدد حالته العائلية وفيما يلي ندرس الحالة السياسية أو العامة ، ثم الحالة الدينية وبعدها الحالة العائلية، على أن نبين في نهاية هذا الموضوع بعض الآثار التي يرتبها القانون على الحالة باعتبارها من مميزات الشخصية.

أولا : الحالة السياسية

وتعني ارتباط الشخص بالدولة وإنتماءه لها، ويكون ذلك عن طريق حمل الشخص، جنسية الدولة، وتمنح الجنسية على أساسين، أولهما متصل بحق الدم والثاني متصل بالإقليم.

فحق الدم هو الرابطة التي تربط الشخص بأصوله فتتحدد جنسية الشخص بجنسية والديه أو بأحدهما إذ تنص المادة 6 من قانون الجنسية [1] على ما يلي: « يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب :

1- الولد المولود من أب جزائري
2- الولد المولود من أم جزائرية والأب مجهول
3- الولد المولود من أم جزائرية والأب عديم الجنسية. »

أما حق الإقليم فهو رابطة تربط الشخص باقليم معين فتمنح الجنسية لهذا الاعتبار وهذا ما تضمنته المادة 7 من قانون الجنسية التي تنص على ما يلي: « يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر :

1- الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين ...

2- الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر. »

1- قانون الجنسية صدر بالأمر رقم 70 - 86 المؤرخ في 1970/12/15.

وإذا ثبتت الجنسية منذ الميلاد، فتكون جنسية الشخص جنسية أصلية، أما إذا اكتسبها بعد الميلاد فتكون مكتسبة، وإذا كانت للشخص عدة جنسيات، ففي حالة النزاع يطبق القاضي الجنسية الفعلية[1] وفقا للمادة 1/22 من القانون المدني التي تنص على أنه :

« في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية. »

وإذا كانت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية وجنسية دولة أخرى أو عدة دول أخرى، فيطبق القاضي الجزائري الجنسية الجزائرية وحدها.

وقد لا تكون للشخص أية جنسية، كما في حالة اسقاط جنسيته الاصلية وعدم تمكنه من اكتساب جنسية أخرى، فيكون عديم الجنسية (Apatride).

وتخول الجنسية صاحبها الحق في تولي كل الوظائف، وتملك العقارات دون قيد، والترشيح والانتخابات ... كما تلزمه من آداء واجبات معينة كدفع الضرائب وآداء الخدمة الوطنية ...

ثانيا : الحالة الدينية

الاسلام دين الدولة في الجزائر، ولا وجود في الاسلام لمثل بعض الامتيازات الممنوحة لطوائف معينة في ديانات معينة وبلدان معينة.

ويترتب على كون الشخص مسلما أنه لا توارث من أهل ملتين فلا يرث المسلم غير المسلم، وكذلك لا تتزوج المسلمة بغير المسلم.

ثالثا : الحالة العائلية

وهي العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة وقد تكون هذه الرابطة ناشئة عن نسبه

1- د. علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري،المرجع السابق، ص 78. أنظر النقد الذي وجه للمادة 22.

وتسمى قرابة النسب، وقد تكون ناشئة عن علاقة الزوجية وتسمى قرابة المصاهرة.

وفيما يلي أتعرض لأنواع القرابة، وأهميتها :

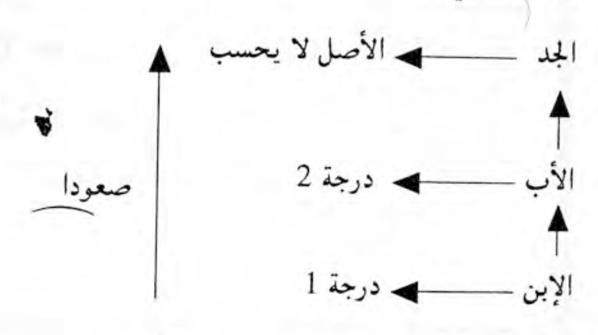
أ ـ أنواع القرابة : القرابة نوعان، قرابة نسب وقرابة مصاهرة.

1. قرابة النسب : تنص المادة 32 مدني على ما يلي :« تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد. »

قرابة النسب تكون إما قرابة مباشرة وإما قرابة حواشي.

القرابة المباشرة : وهي التي تربط الأصول بالفروع، ولقد نصت المادة 1/33 مدني على ما يلي: «القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.» وهي العلاقة التي تربط الجد أو الجدة بأولادهم أو أحفادهم مثلا.

فالقرابة المباشرة تحسب باعتبار كل فرع درجة صعودا فحساب درجة الحفيد بجده يكون كالتالي :



مباشرة

قرابة الحواشي : وهي القرابة التي تربط بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر مثلا قرابة ابن الأخ الشقيق بالعم ... وتنص المادة 2/33 مدني على ما يلي" « وقرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر. »

ولقد بينت المادة 34 مدني كيفية حساب درجة القرابة ، إذ نصت على أنه:
«يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عادا الأصل المشترك يعتبر درجة.»

أما حساب درجة قرابة الحواشي فيكون كالتالي، لنأخذ قرابة إبن العم بابن عمه.

الجد (الأصل ولا تحسب درجة)

الأب درجة 2 | الأب درجة 3

صعودا | نزولا

الإبن درجة 1 | الإبن درجة 4

فقرابة إبن العم بابن عمه هي قرابة حواشي من الدرجة الرابعة.

2 – قرابة المصاهرة : وهي قرابة تنشأ نتيجة الزواج، ويحتفظ فيها كل قريب بدرجة قرابته للزوج الآخر، فأخت الزوجة من الدرجة الثانية مصاهرة بالنسبة للزوج.

وهذا ما نصت عليه المادة 35 مدني بقولها: « يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.

ب ـ أهمية القرابة : نظرا لأهمية القرابة، فان القانون رتب عليها آثارا معينة نوجز أهمها فيما يلي:

1- من حيث الإرث : يترتب على القرابة، أن الأقارب يتوارثون فيما بينهم، سواء كانت القرابة مباشرة أو قرابة حواشي، أما قرابة المصاهرة فلا يترتب عليها الحق في الميراث.

2- من حيث التعويضات المدنية : يستطيع الأقارب مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الموروث الذي ألحقه بمورثهم، كما أن لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الشخصي الذي أصابهم نتيجة وفاة مورثهم، ويسمي هذا التعويض عن الضرر المرتد.

3- من حيث النفقة : يكون الأصول ملزمين بالنفقة على الفروع كما أن الزوج ملزم بالنفقة على زوجته، ويلزم الفروع كذلك بالنفقة على الأصول إذا لم يكن لهؤلاء مورد.

4- من حيث الولاية : يتولى الأصل ولاية الفرع إذا كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها.

5- من حيث الزواج : يستند القانون على درجة القرابة في تحديد موانع الزواج، وقد تكون أبدية كزواج الشخص بأصوله أو فروعه وفروع والديه وأصولهم والعمات والخالات وأصول زوجته، وفروع زوجته المدخول بها وزوجة أصله وزوجة فرعه.

أما المحرمات المؤقتة، فيقصد بها النساء التي يمنع الجمع بينهن، كالجمع بين الأختين أو بين الزوجة وخالتها، ويزول هذا المانع بطلاق الزوجة طلاقا بائنا أو بوفاتها.

6- من حيث الشفعة : الأصل أن الشفعة هي رخصة تمكن الشخص من الحلول محل المشتري، ولا تجوز الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب حتى الدرجة الرابعة وهذا ما تضمنته المادة 2/798 مدني إذ نصت على أنه : « لا شفعة ...

إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية. »

7- من حيث رد القاضي:[1] تقضي المادة 2/201 إجراءات مدنية بجواز رد القاضي إذا وجدت بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم قرابة حتى الدرجة الرابعة، إذ نصت هذه المادة على ما يلي: « يجوز رد القاضي في الأحوال الآتية :...

-إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أوبين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة . ».

8- من حيث رد الخبراء : يجوز رد الخبير إذا كانت تربطه بالخصم درجة قرابة، وهذا ما نصت عليه المادة 52 إجراءات مدنية بقولها : « على الخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها أن يقدم طلب الرد خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه هذا التعيين ... ويتضمن أسباب الرد ويفصل في طلب الرد دون تأخير.

ولا يقبل الرد إلا إذا كان مبنيا على سبب قرابة قريبة أو على أي سبب جدي. »

9- من حيث سماع شهادة أحد الأقارب : لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق، إذ نصت المادة 64 الفقرة 1 و 2 إجراءات مدنية على ما يلي: « لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق.

ولا يجوز كذلك قبول شهادة إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم. »

10- من حيث عدم اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقة : لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية

1- يقصد برد القاضي : إعتراض أحد الخصوم على القاضي للفصل في الدعوى المرفوعة لوجود مانع يحول دون ذلك ولا يعني ذلك منع القاضي من القضاء بصفة كلية.

الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى يقدمها المضرور ، وإذا تنازل هذا الأخير عن شكواه يوضع حد لهذه الإجراءات، إذ نصت المادة 1/369 من قانون العقوبات على ما يلي : «لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات. »

الفرع الثالث : الأهلية

إن للشخص أهليتين يكتسب الأولى وهي أهلية الوجوب بمجرد ميلاده، أما أهلية الأداء فيكسبها في وقت لاحق، وهي تمر بمراحل معينة، كما تربط بعدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية وسأتعرض لأهلية الوجوب ثم لأهلية الأداء.

أولا : أهلية الوجوب

هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته. وحفاظا على حقوق الجنين تقررت له أهلية وجوب قبل ولادته، ولكنها ناقصة، وتتمثل في اكتساب الحقوق مثل الإرث والوصية والهبة، ويقبلها عنه وليه.

وإذا كانت القاعدة تقضي بأنه لا يجوز أن يتحمل الجنين بأي التزام، إلا أن من المفروض أن تجب عليه الإلتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله.[1]

وبالولادة تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة، فهي مرتبطة بالشخصية القانونية، وحرمان الأشخاص من أهلية الوجوب يعني حرمانهم من الشخصية القانونية، غير أن المشرع قيد أهلية بعض الأشخاص في حالات معينة، فتكون لهم أهلية وجوب ناقصة في اكتساب بعض الأموال مثال ذلك ما نصت عليه المادة 402 مدني التي منعت القضاة والمحامين وكتاب الضبط والموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع

1- عباس الصراف وجورج حزبون : المدخل إلى علم القانون، عمان، 1985، ص 154.

يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم وإذا تم البيع في مثل هذه الحالة، كان باطلا بطلانا مطلقا فأهلية وجوب الأشخاص المذكورين في هذه المادة، أهلية ناقصة، بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في المادة فقط، أما بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة.

ويعتبر الحد أو التقييد من أهلية وجوب بعض الأشخاص في حالات معينة، أمرا استثنائيا، لا ينال من المبدأ العام الذي يقرر إرتباط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية.[1]

ثانيا : أهلية الأداء

هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه والالتزام بالالتزامات المالية بنفسه، فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي يريده.

وتمر أهلية الأداء بعدة مراحل، كما أنها ترتبط وتتأثر بحالة الشخص الصحية، فتفترض في الشخص السليم الإرادة، كما ترتبط وتتأثر بمرض الشخص، فقد يسلبه أياها، فارادة الشخص إما أن تكون منعدمة أو ناقصة، أو كاملة.

وتتدرج الأهلية من إنعدام التمييز إلى نقص الأهلية ثم إلى كمالها.

أ ـ إنعدام الأهلية : تبدأ هذه المرحلة من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز، فبميلاد الطفل تثبت له أهلية الوجوب أو الشخصية القانونية، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لإنعدام الادراك والتمييز لديه ، فالصغير دون السادسة عشر لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف حتى لو كان نافعا له نفعا محضا، وهذا ما نصت عليه المادة 42 مدني بقولها : « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر السن ...

يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة. »

1- حسام محمد لطفي : المرجع السابق، ص 132.

فكل العقود التي يبرمها تكون باطلة بطلانا مطلقا ولا تصححها الإجازة، فهو لا يستطيع مثلا، قبول الهبة لأنه فاقد التمييز، ومن ثم فليس لإرادته أثر.

مع ملاحظة أن المادة 210 أسرة نصت على أنه تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ويقبلها عنه وليه، لأن القبول شرط من شروط الهبة.

ب ـ نقص الأهلية : يعتبر ناقص الأهلية كل من بلغ سن التميز (16 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة) وفي هذا الصدد نصت المادة 43 مدني على ما يلي : «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون. »

ويستطيع ناقص الأهلية مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا كقبول الهبة والوصية.

ويمتنع عليه مباشرة التصرفات الضارة به ضررا محضا، كهبة أمواله، أو ابراء مدين له من الدين، أو الاقرار وتقع هذه التصرفات باطلة حتى لو أجازها الولي.

مع ملاحظة أن التصرفات التي من شأنها أن تفقر الشخص يجب فيها أن تكون للشخص أهلية التبرع وهي لا تثبت له إلا إذا كان كامل الأهلية.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والمقايضة، فتكون قابلة للابطال لمصلحة ناقص الأهلية.

وتقضي المادة 100 مدني بأن حق الإبطال يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية كما تقضي المادة 101 بأن الحق في طلب الإبطال يسقط بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلا ل عشر سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية بينما تنص المادة 83 أسرة على إعتبار تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر.

وفي هذا تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، وإذا كان يجب الأخذ في هذا المجال بالقانون المدني، لأنه هو الأصل بالنسبة للتصرفات القانونية إلا أن فكرة العقد الموقوف جديرة بالاعتبار إذ تجعل التصرف لا أثر له قبل إجازة الولي له ويعتبر هذا عملا وقائيا فلا تظل التصرفات قابلة للإبطال مدة معينة.

ويلاحظ أن القاصر قد يرشد للقيام ببعض التصرفات، فتكون تصرفاته هذه صحيحة، وتنص المادة 2/38 على ما يلي: « ... ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر سنة و من هو في حكمه موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها. »

بينما تنص المادة 84 أسرة على أن للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز، التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، وسن التمييز هي 16 سنة، فكذلك هذا تعارض بين نص القانون المدني ونص قانون الأسرة ويفضل الأخذ بالقانون المدني، لأن الأخذ بقانون الأسرة يؤدي إلى إعتبار الشخص الذي كان بالأمس عديم الأهلية (16 سنة إلا يوم) راشد بمرور يوم واحد على ذلك[1] (16 سنة ويوم واحد).

ويجوز للقاصر القيام بالتصرفات الضرورية للمحافظة على أمواله والتي لا يمكن أن تلحق به أي ضرر ولا بد أن تكون ضرورية للمحافظة على ذمته المالية أو أحد عناصرها[2] كتجديد قيد الرهن، وهذه مسألة اتفقت عليها جميع التشريعات.

وتدخل ضمن أعمال الإدارة، أعمال التصرف التي تستلزمها إدارة الأموال المأذون للقاصر بادارتها كبيع المحصولات وشراء ما يلزم من البذور.

جـ - كمال الأهلية : يعتبر الشخص الذي بلغ 19 سنة كاملة، كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها كما شاء، هذا إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية، أو بمانع من موانعها.

1- د. علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 265 إلى 267.
2- Benmelha : Op cit, P 323.

وفيما يلي نتناول عوارض الأهلية ثم موانعها.

ثالثا : عوارض الأهلية

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يكن متمتعا بقواه العقلية كما إذا كان مصابا بجنون أو عته، فإن أهليته لا تكتمل حتى لو لم يصدر حكم بذلك، إذ مثل هذه العوارض تذهب بادراك الشخص وتمييزه، أما إذا كان مصابا بسفه أو غفلة فإن أهليته تكتمل ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه سن الرشد بغير ذلك.

ومعنى ذلك أنه إذا شعر الولي بأن الصغير غير متمتع بقواه العقلية عند بلوغه سن الرشد، فعليه أن يعرض الأمر إلى المحكمة مطالبا باستمرار الولاية على الصغير إلى ما بعد بلوغه سن الرشد، ومتى تأكدت المحكمة من ذلك، فإنها تقضي باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد، وتظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب إستمرارها بحكم من المحكمة.

أ - الجنون والعته

1- مفهوم الجنون والعته

يعرف رجال القانون، الجنون بأنه المرض الذي يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز، أما العته فهو الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون، فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم.

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون والعته، فالجنون يصاحبه اضطراب وهيجان، أما العته فيلازمه الهدوء، كما يفرقون بين الجنون المطبق أو المستمر والجنون المتقطع وهو الجنون الذي تتخلله فترات إنقطاع، فيكون للمجنون حالة صحوته أهلية أداء[1].

1- حسام محمد لطفي : المرجع السابق، ص 150.

وحسنا فعل المشرع، إذ لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، ذلك لأنه من الصعب اثبات ذلك.

2- حكم تصرفات المجنون والمعتوه

تفرق المادة 107 أسرة بين تصرفاته الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر إذ نصت على ما يلي: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها. »

- حكم التصرفات الصادرة قبل الحجر :

إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد، بمعنى أن غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة، فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الأهلية.

أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع المجنون أو مع المعتوه على بينة من هذه الحالة، فان تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا رغم صدورها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر.

- حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر :

يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة، وبعد توقيع الحجر تكون كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة.

ويمكن رفع الحجر بناء على طلب المحجور عليه، إذا زالت أسبابه.

ب - السفه والغفلة

1- مفهوم السفه والغفلة

هذه العوارض لا تصيب الإنسان في عقله من الناحية الطبية، ولكنها تصيبه في نفسه، فتضعف بعض ملكاتها، ويظل السفيه وذو الغفلة كاملي الأهلية.

السفيه : هو الشخص الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل والشرع، فيعمل على تبذير أمواله، وتكون تصرفاته خارجة عن المألوف.

أما ذو الغفلة : فهو شخص كامل العقل، ولكنه طيب القلب إلى حد الغفلة، فهو كامل الأهلية، ويستدل عليه في إقباله على التصرفات دون الإهتداء إلى الرابح منها أو قبول الغبن الفاحش دون إدراك.[1]

2- حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة

تنص المادة 43 مدني على ما يلي: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون. »[2]

- قبل توقيع الحجر : فتصرفات ذي الغفلة، والسفيه قابلة للإبطال لأن السفة أو الغفلة لا يذهبان بالإدراك والتمييز.

ولكن يلاحظ أن المشرع سوى بين تصرفات المعتوه والمجنون والسفيه في المادة 107 [3] أسرة مع أنه لا يمكن التسوية بينهم، كما أنه أغفل النص على ذي الغفلة، والمفروض أن تكون تصرفات السفيه وذي الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر إلا إذا أمكن إبطالها نتيجة استغلال أو غش.[4]

ويتحقق هذا إذا كان المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة يعلم بحالته ويتعمد الاغتناء مغتنما حالة السفيه أو ذي الغفلة، فيحصل على مزايا لا تتعادل مع التزاماته.[5]

1- أنور سلطان : مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1983، ص 49.
2- النص العربي ذكر كلمة (معتوه) خطأ وصحتها (أو ذا غفلة)
3- تنص المادة 107 أسرة على ما يلي: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها. »
4- د. علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 269 إلى 271.
5- عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة ، 1984، ص 283.

- حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد توقيع الحجر : تأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات ناقص الأهلية بسبب صغر السن، فاذا كانت ضارة بهما ضررا محضا تكون باطلة، وإذا كانت نافعة نفعا محضا فكانت صحيحة، أما إذا كانت تدور بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال ذلك لأن السفة والغفلة ليستا أمراضًا تصيب العقل بصفة علنية، ولا تذهب بالإدراك كالجنون والعته لذا لا يمكن التسوية بينها.

وألاحظ التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني في حكم تصرفات ناقص الأهلية، الدائرة بين النفع والضرر، إذ يعتبرها قانون الأسرة غير صحيحة وموقوفة على إجازة الولي، وتكون كذلك تصرفات السفيه وذي الغفلة باعتبارهما ناقصي الأهلية باطلة وفقا لقانون الأسرة الذي لا يعرف التصرفات القابلة للإبطال لصغر السن أو لعارض من عوارض الأهلية.

ولا شك أنه يستحسن الأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من العقد القابل للإبطال، فلا يترتب على التصرف الموقوف أي أثر قبل إجازة الوالي له أو إجازة القاصر بعد بلوغه الرشد والضرر الذي يلحق غير المميز من تصرفاته ما هو إلا ضرر محتمل ويستحسن في هذه الحالة الأخذ بفكرة العقد الموقوف.[1]

على أنه وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية يجوز للصبي بعد بلوغه سن الرشد إجازة العقد.[2]

ولابد من تعديل القانون المدني على هذا الأساس، ولا يمكن إن يتم ذلك بقانون الأسرة، لأن القانون المدني قانون خاص بالنسبة للتصرفات المالية، ولا يتم تعديله أو إلغاؤه إلا بقانون لاحق وخاص بالتصرفات المالية، وقانون الأسرة ليس كذلك.

رابعا : موانع الأهلية

على الرغم من اكتمال الشخص أهليته إلا أنه قد يوجد في ظروف تمنعه من

1 - د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، ص 277.
2 - د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، ص 379.

مباشرة التصرفات القانونية، وهذه الموانع هي الغيبة كمانع مادي[1]، والحكم بعقوبة جنائية، وشهر الافلاس كمانع قانوني، وكذلك اجتماع عاهتين في الشخص وهي مانع طبيعي.

أ - الحكم بعقوبة جنائية

يمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية (الاعدام، السجن المؤبد، أو المؤقت من 5 إلى 20 سنة)، مباشرة حقوقه المالية، وفقا للمادة 7 عقوبات .

وهذه العقوبة التبعية تطبق بقوة القانون، وهي مترتبة على العقوبة الأصلية وفقا للمادة 3/4 عقوبات، وتسري خلال فترة وجود المحكوم عليه بالسجن وتزول بزوال المانع، ويعين مقدم لإدارة أموال المحكوم عليه.[2]

ب - الحكم بشهر الافلاس

إن الحكم بشهر الافلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته على ذلك يؤدي إلى التعيين الاجباري لوكيل التفلسة، ويتولى وكيل التفلسة إدارة أموال المفلس وقد نصت المادة 1/244 تجاري على ما يلي : « يترتب بحكم القانون على الحكم باشهار الافلاس، و من تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة إفلاس. ويمارس وكيل التفلسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفلسة. »

ج - إجتماع عاهتين

إذا اجتمعت في الشخص عاهتين على الأقل، من الصم والبكم والعمي وتعذر عليه بسبب هاتين العاهتين التعبير عن ارادته، كانت تصرفاته التي تعينها المحكمة موقوفة على حضور مساعده القضائي إذ نصت المادة 1/80 مدني على ما يلي : « إذا

1- تعرضت للغائب والمفقود في المبحث الأول من هذا الفصل وذلك بصدد الموت الحكمي.
2- Benmelha : OP cit, P 382.

كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب هاتين العاهتين التعبير عن إرادته، حاجز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.»

فاجتماع العاهتين يجعل من الصعب تحكم الشخص في الأمور وفي التعبير عن إرادته، لذا يجوز للمحكمة أن تعين له (مساعد قضائيا) يساعده في تصرفاته ولا يجوز للمساعد القضائي أن ينفرد بالقيام بهذه التصرفات بمفرده إلا إذا كانت المحكمة قد أذنت له بذلك، لأن المساعد القضائي ليس نائبا يقوم مقام الأصيل، فهو مساعد ولابد له أن يشارك الأصيل في ذلك.

وتكون التصرفات الصادرة من ذي العاهتين قبل أن يعين له مساعد قضائي صحيحة.

أما بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي فيجوز لذي العاهتين القيام بهذه التصرفات دون مساعده المعين من قبل المحكمة، وإذا قام بها كانت قابلة للإبطال لمصلحته وهذا ما نصت عليه المادة 2/80 مدني بقولها: « ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله وصي قضائي إذا صدر من الموصى عليه بدون حضور الوصي بعد تقييد قرار الوصاية.»

خامسا : النيابة الشرعية أو القانونية

تنص المادة 81 أسرة على ما يلي: « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.»

والولاية إما أن تكون أصلية وهي التي تثبت للأب أو الأم بعد وفاة الأب، وإما غير أصلية كولاية الوصي كما في حالة الوصي الذي يختاره الأب، وقد يعين القاضي نائبا، كما في حالة المقدم، والولاية تكون ولاية عن النفس، وتتعلق بالتربية والحضانة

والزواج وقد تكون ولاية على المال تتعلق بالمحافظة على مال القاصر وإدارته.

أ - الولاية

تثبت الولاية الأصلية للأب، وللأم بعد وفاته وذلك وفقا للمادة 87 أسرة التي تنص على ما يلي: « يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.» ولا يجوز للأبوين التنازل أو التنحي عنها، وإلا تعرضا للعقوبة إذ تنص المادة 330 عقوبات على أنه: « يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب ...»

والولاية شخصية، لا تنتقل إلى الورثة، وتستلزم انفاق الوالدين على أولادهم إذا لم يكن لهم مال، ويكون ذلك بالنسبة للذكور إلى حين بلوغهم سن الرشد والإناث إلى حين دخولهم، أما إذا كانت للأولاد أموال، فالوالدين ينفقون عليهم في حدود تلك الأموال[1] وفي هذا الصدد تنص المادة 75 أسرة

على ما يلي: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.»

وتكون الولاية شاملة لجميع أموال القاصر ماعدا ما كان قد وهب للقاصر أو أوصى له به مع اشتراط استبعاد ولاية الأب (المادة 2 من قانون 1957) ولابد من تعيين وصي خاص يتولى إدارتها.

1- الأستاذ بن ملحة : المرجع السابق، ص 366.
وقد تعرضت لهذا الموضوع بصدد حق الانتفاع، بحيث لا يمكن القول أن للأولياء حق الإنتفاع القانوني على أموال القاصر، إذ لهم الحق فقط في الانفاق على أنفسهم من هذه الأموال بينما حق الانتفاع يتضمن عناصر أخرى قد سبق تناولها بالتفصيل.

وللولي عموما إدارة أموال القاصر والتصرف فيها ويكون مسئولا عن ذلك مسئولية الرجل الحريص على أمواله وفقا للمادة 88 أسرة التي تنص على ما يلي: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسئولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركه.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد. »

وتنقضي ولاية الأب والأم ببلوغ القاصر سن الرشد أو بترشيده أو بعجز الولي أو موته أو الحجر عليه أو غيابه أو باسقاط سلطة الأبوية عنه (المواد من 9 إلى 13 قانون 57 - 778).

ب ـ الوصاية

يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم، أو كانت له أم ثبت بالطرق القانونية عدم أهليتها للقيام بالوصاية. وإذا تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح منهم، ولقد نصت المادة 92 أسرة على ما يلي: « يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون. » ويسمى الوصي في هذه الحالة الوصي المختار.

والوصاية يقترحها الأب أو الجد على الوصي، وللوصي مطلق الحرية في القبول

أو الرفض، إلا إنه إذا قبلها حال حياة الموصي أي الأب أو الجد فليس له التخلي عنها بعد وفاة أحدهما ويشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، بالغا وأمينا، وحسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط المنصوص عليها في المادة 93 أسرة وهي الإسلام، العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة وحسن التصرف.

وتكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها.

وتنتهي مهمة الوصي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 96 أسرة وهي : موت القاصر أو زوال أهليه الوصي ، أو موته، أو بلوغ القاصر سن الرشد، أو بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، أو بقبول عذر الوصي في التخلي عن الوصاية، أو عزل الوصي.

ويكون الوصي ملزما بتقديم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، ويكون مسئولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

جـ ـ المقدم

إذا لم يكن لفاقد الأهلية أو ناقصها ولي أو وصي، تقوم المحكمة بتعيين مقدم له بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، وذلك وفقا للمادة 99 أسرة التي تنص على ما يلي: « المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. »

ويطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على المقدم إصطلاح القيم.

وتطبق على المقدم نفس الأحكام التي تطبق على الوصي، وهذا ما نصت عليه المادة 100 أسرة بقولها: « يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام. »

ويستحسن تعيين مشرف يراقب أعمال الوصي والمقدم حفاظا على مصلحة فاقد الأهلية أو ناقصها. وقد كان مجلس الأسرة[1] يقوم بهذا الدور ويتألف هذا المجلس من أربعة أشخاص من أقارب القاصر أو أصهاره أو من أصدقاء الأسرة، ويرأسه القاضي، ولهذا المجلس سلطات الإشراف على سير الوصاية والأذن ببعض التصرفات وتؤخذ الأصوات بالأغلبية، وزيادة على اذن مجلس الأسرة قد تخضع بعض تصرفات المقدم والوصي إلى إجازة المحكمة.

الفرع الرابع : الموطن

هو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة لعلاقات الشخص ونشاطه القانوني، أي المكان الذي يعتبر الشخص موجودا فيه من الناحية القانونية.

وكان الفقه الفرنسي القديم يعتبر الموطن من الحقوق الملازمة للشخصية، وقد كان ينظر إلى الموطن نظرة مجردة وليس شيئا ماديا لعدم تعلقه بالإقامة، وهذا ما ذهب إليه بلانيول، وقد عدل الفقه الحديث عن هذا الرأي.[2]

فالموطن ليس حقا من الحقوق الملازمة للشخصية، بل هو ارتباط الشخص بمكان معين لممارسة حقوقه المدنية فيه ولعدم التهرب من التزاماته.[3]

ويعتبر الموطن من مميزات الشخصية ذلك لأن لكل شخص موطنا خاصا به.

وفيما يلي سأتعرض لأهمية الموطن، ثم لكيفية تحديده وفي الأخير لمختلف أنواعه.

1- نص على مجلس الأسرة القانون 778- 57 الصادر في 11 جويلية 1957 المتضمن أحكام الغياب والولاية في التشريع الجزائري.

2- Carbonnier : OP cit, Tome 1 introduction, P 312.

3- Atias : Op cit, P 104.

أولا : أهمية الموطن

للموطن أهمية معينة تظهر في المسائل التالية خاصة :

أ - في المرافعات

فالأوراق القضائية بصفة عامة، كالإنذار والتنبيه يتم اعلانها بتسليمها إلى المعلن إليه، أو في موطنه وذلك عن طريق محضر، وإذا سلمت في موطن الشخص المعلنة إليه، يعتبر أنه قد تسلمها حتى لوكان غائبا، لأن موطن الشخص هو المكان الذي يفترض تواجده فيه عادة.

ب - الوفاء بالالتزامات

طبقا للقاعدة التي تقضي بأن " الدائن يسعى إلى المدين "، فالوفاء بالالتزامات يكون في موطن المدين ما لم يكن محلها شيئا معينا بالذات، فاذا كان محلها من المثليات كالنقود، يكون الوفاء بها في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، وفي هذا الصدد تنص المادة 2/282 مدني على ما يلي: « أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة. »

ج - الاختصاص المحلي للقضاء

يتحدد غالبا الاختصاص في النظر في الدعوى بالمحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، كما في الدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية كالنفقة ودعاوى الطلاق ... وللإختصاص في النظر في الدعوى أهمية قصوى، إذ قد يرفض القاضي النظر في الدعوى إذا لم تكن من اختصاص المحكمة التي رفعت أمامها.

د - شهر الإفلاس

ترفع دعوى طلب الحكم بالإفلاس على المدين التاجر إلى المحكمة التي يوجد فيها موطن المدين التاجر.

ثانيا : كيفية تحديد الموطن

اختلف الفقه حول طريقة تحديد الموطن، وانقسم في ذلك إلى فرقين، أولهما مذهب التصوير الحكمي للموطن، وثانيهما مذهب التصوير الواقعي للموطن، ويلاحظ أن تشريعات بعض الدول أخذت بفكرة التصوير الحكمي للموطن ودول أخرى تبنت فكرة التصوير الواقعي.

أ - التصوير الحكمي للموطن

يعتبر الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه " Principal établissement " وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في المادة 102 مدني ويتحدد المركز الرئيسي بالمركز المادي للإقامة، وبالمكان الذي توجد فيه أهم أموال الشخص العقارية المهمة، وبالمكان الذي يمارس فيه مهنته.

وليس في هذا صعوبة في تحديد الموطن إذا كان المكان مكانا واحدا بالنسبة للعناصر المذكورة، ولكن تثار صعوبة تحديد الموطن إذا تعددت واختلفت الأماكن التي يتواجد فيها الشخص إذ قد يقيم في مكان معين، وتكون أمواله العقارية في مكان آخر، ويزوال مهنته في مكان ثالث، لذا يتساءل الفقهاء حول إمكانية ثبات الموطن ووحدته في حالة تشابك المعاملات وتعددها وعدم الاستقرار في مكان معين بحيث اصبح تحديد المركز الرئيسي للأعمال أمرا بالغ التعقيد لاسيما عندما تتعدد المراكز.[1]

وإذا كانت تنجم عن التصوير الحكمي ميزة، وهي أن للشخص موطنا واحدا، مما يعطي ثقة في الإجراءات لمن يريد التعامل مع الشخص أو الإتصال به في موطنه، إذ لا يستطيع الاحتجاج عليه بتواجده بمكان آخر.

كما يترتب على الأخذ بهذا التصوير أن يكون لكل شخص موطن معين، غير أن هذه الفكرة ما هي إلا فكرة نظرية، أما من الناحية العملية فانه يصعب تطبيقها

1- Atias : Op cit, P 103.

نظرا لصعوبة تحديد المركز الرئيسي، لذا أخذ القضاء الفرنسي بفكرة الموطن الظاهر "Le domicile apparant" ، فاذا رفع شخص دعوى أمام المحكمة التي تقع فيها إقامة المدعى عليه ظنا منه أنها المحكمة المختصة، فان دعواه تقبل عملا بفكرة الموطن الظاهر.[1] ويعتد فقط بالموطن المعلوم للشخص[2]، بل أصبح القانون الفرنسي يأخذ بالإقامة الفعلية في القانون الدولي الخاص وقانون الضرائب وبمحل تواجد الشخص "l'habitation" بالنسبة لقانون العقوبات.[3]

ب - التصوير الواقعي للموطن

يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، فهناك ربط بين فكرة الموطن وفكرة الإقامة " Résidence "، ويترتب على هذا :

1- أنه يمكن أن لا يكون لبعض الأشخاص موطن كالبدو والرحل الذين لا يستقرون في مكان معين.

2- أنه يمكن أن يكون الشخص مقيم في أكثر من مكان، فيكون له أكثر من موطن واحد كموطن الزوج في حالة تعدد الزوجات مثلا.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالتصوير الواقعي أي بالإقامة الفعلية إذ تنص المادة 36 مدني على مايلي :« موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي. »

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف القانون الفرنسي وأيد موقف فقهاء الشريعة، إلا أن مشرعنا مازال يستعمل مصطلح " موطن " متأثرا في ذلك بالقانون الفرنسي، ويستحسن إبداله باصطلاح "إقامة" كما يلاحظ أن المشرع يستعمل أحيانا الإصطلاحين معا مما جعل موقفه مبهما، غامضا بحيث لا يعرف إن كان يأخذ بفكرة

1- و من شروط الوضع الظاهر، حسن نية الغير ووقوعه في غلط شائع.

2- Carbonnier : Op cit, Tome 1 introduction, P 314.

3- Atias : Op cit, P 104.

الموطن الرئيسي والإقامة معا، أو أن إستعماله للفكرتين كان خطأ ،فالمادة 1/8 قانون إجراءات مدنية تنص على ما يلي : « يكون الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى الخاصة بالأموال المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية وكذلك في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على إختصاص محلي، فان لم يكن للمدعى عليه موطن معروف، يعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته، وإن لم يكن له محل إقامة معروف، فيكون الإختصاص للجهة القضائية الواقع بدائرتها أخر موطن له. »

فيتضح من المادة أن المشرع يأخذ بفكرة الموطن والإقامة معا. كما تنص المادة 7/8 إجراءات على أن الدعاوى المتعلقة بالنفقة ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة.

وكذلك المادة 1/9 إجراءات مدنية التي تنص على أنه يجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها، موطن المدعى عليه أو مسكنه.

ثالثا : أنواع الموطن

ينقسم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص، فالموطن العام هو الموطن الذي يعتد به القانون بالنسبة لنشاط الشخص وأعماله، وعلاقاته بوجه عام، أما الموطن الخاص فهو يتعلق بنشاط معين أو علاقة معينة للشخص وفيما يلي نتعرض للموطن العام ثم للموطن الخاص.

أ. الموطن العام

الأصل أن الشخص يختار موطنه بنفسه وفقا للشروط التي يحددها القانون، إلا أنه في بعض الأحيان قد يلزم القانون بعض الأشخاص باتخاذ موطن معين.

1- الموطن القانوني أو الالزامي

تنص المادة 1/38 مدني على ما يلي : «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود

والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. »

فيتحدد موطن القاصر بموطن وليه أو وصيه، فيكون محل إقامة القاصر هو محل إقامة من ينوب عنه قانونا، وهو موطن حكمي، ذلك أن القانون لا يعتد بمحل إقامة القاصر الفعلية، فقد يكون محل إقامته غير محل إقامة وليه أو وصيه، وكذلك محل إقامة المفقود يكون حتما غير محل إقامة المقدم، ومراعاة لعدم إمكانية القاصر والمحجور عليه والغائب والمفقود من مباشرة نشاطهم القانوني بأنفسهم، وإنما يكون ذلك بواسطة النائب، فان القانون إعتد بموطن النائب الذي يعمل لحسابهم.[1]

2- الموطن العام الإرادي

الموطن العام الإرادي هو المكان الذي يختاره الشخص ليقيم فيه وسمي موطنا عاما لأن الشخص يباشر فيه جميع تصرفاته المدنية وكل حقوقه.

ويحدد في قانوننا على أساس الإقامة الفعلية التي تتحدد بالمكان الذي يوجد فيه سكن الشخص، وعند عدم وجود سكن، يحل محله مكان الإقامة العادي، ويشترط في الإقامة أن تكون إقامة مستقرة ولا يقصد بذلك أن تكون مستمرة بدون انقطاع، وإنما يشترط تحقق الإعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متفاوتة، ولا يعتبر إقامة فعلية مجرد تواجد شخص في مكان معين لفترة محدودة كالنزول في الفندق مثلا.

ب ـ الموطن الخاص

قد يوجد للشخص إلى جانب موطنه العام، موطن خاص ببعض أعماله وعلاقاته القانونية، وللموطن الخاص ثلاثة أنواع وهي :

1- الموطن التجاري أو الحرفي أو موطن الأعمال

يكون للشخص الذي يحترف تجارة أو صناعة معينة، موطنان، موطن عام

1- حسن كيرة : المرجع السابق، ص 567.

وموطن خاص بأعمال تجارته أو صناعته، ويكون موطنه هذا المكان الذي يمارس فيه تجارته أو حرفته ويكون خاصا بالمعاملات المتعلقة بالتجارة أو المهنة وهذا ما تضمنته المادة 37 مدني بقولها : « يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة. »

ولا وجود للموطن الخاص إلاّ في حالة احتراف الشخص تجارة أو صناعة أو حرفة، فلا يكون للطالب مثلا موطن خاص بالحي الجامعي الذي يقيم فيه خلال السنة الدراسية.

ويحتفظ التاجر أو الحرفي بموطنه العام بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التي لا تتعلق بتجارته أو صناعته أو حرفته.

2- موطن القاصر المأذون له بالتجارة و من في حكمه

الأصل أن القاصر لا يباشر أعماله بنفسه وإنما يباشرها بواسطة من ينوب عنه قانونا، إلا أن المشرع أجاز للقاصر الذي بلغ ثماني عشر سنة[1]، مباشرة بعض الأعمال بنفسه وهي الأعمال المتعلقة بادارة أمواله وببعض التصرفات، ويكون للقاصر بالنسبة لهذه الأعمال موطن خاص وفي هذا الصدد تنص المادة 2/38 مدني على ما يلي:« ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن هو في حكمه له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها. »[2]

وفيما عدا هذه الأعمال التي سمح له القانون بمباشرتها بنفسه يظل القاصر ناقص الأهلية، ويكون موطنه العام هو موطن من ينوب عنه قانونا وهو موطنه القانوني أوالالزامي كما سبق ذكره.

1- لقد أشرت في الموضوع الخاص بالأهلية إلى أن المشرع قد نص في قانون الأسرة في المادة 84 منه على أن سن الترشيد هي ست عشرة سنة.

2- وردت كلمة (له) زائدة في نص المادة 2/38 والصحيح هو « ... و من هو في حكمه موطن خاص... »

ج - الموطن المختار

يجوز للشخص أن يختار مكانا معينا كموطن له لتنفيذ عمل قانوني معين، وهذا ما نصت عليه المادة 1/39 مدني بقولها : «يجوز إختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين. »

ويتم إختيار هذا الموطن إما بمقتضى العقد أو بالإرادة المنفردة كالمشتري الذي يختار موطنا قريبا من الأرض التي اشتراها مثلا.

وقد يقصد باختيار الموطن اتخاذ موطن طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ العمل القانوني، دون أن يتأثر بتغير محل الإقامة.

كما قد يسعى الدائن إلى تجنب مشاق وتكاليف إجراءات التنفيذ في مواجهة مدينه الذي يقيم في مدينة بعيدة كما أنه قد يسعى الشخص إلى تكليف محام أو وكيل معين باجراءات التنفيذ، فيختار مكتب هذا المحامي كموطن له بالنسبة لهذه الأعمال. ويثبت إختيار الموطن بالكتابة (المادة 2/39) ويعد بعد ذلك موطنا للشخص بالنسبة لتصرف معين أو تصرفات معينة محددة فقط.

ويحتفظ الشخص بالموطن العام بالنسبة للتصرفات الأخرى.

والأصل أن يكون الموطن المختار إختياريا للشخص إذ تنص المادة 39 مدني على أنه: « يجوز ... » إلا أنه في بعض الحالات يلزم الشخص قانونا باختيار موطن معين بصدد عمل قانوني معين، و من بين هذه الحالات الحالة المنصوص عليها في المادة 2/941 مدني: « اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة. »

فوفقا لهذا النص الموطن المختار يجب أن يكون في نطاق دائرة إختصاص المحكمة.

وكذلك ما نصت عليه المادة 1/38 و 2/93 من المرسوم 76 - 63 المتضمن تأسيس السجل العقاري الصادر في 1976/03/25.

ويلاحظ أنه إذا غير الشخص موطنه بقصد التهرب من التزاماته فلا يحتج بهذا التغيير على الغير، بل يذهب القضاء الفرنسي إلى عدم الاحتجاج بتغير الموطن حتى لو كان الشخص حسن النية، هذا إذا تم تغيير الموطن أثناء سير دعوى ،وكان الشخص الذي غير موطنه طرفا فيها إذ يقع على عاتق هذا الأخير واجب إعلان الغير بتغيير الموطن.[1]

الفرع الخامس : الذمة المالية

الذمة المالية هي مجموع حقوق الشخص والتزاماته فهي مجموع قانوني[2]، يشمل حقوق الشخص والتزاماته الحاضرة والمستقبلة.[3]

والذمة المالية وعاء افتراضي زود به القانون كل شخص ليتلقى حقوقه والتزاماته، وتمثل الحقوق الجانب الإيجابي من الذمة وتشمل الحقوق المالية فقط، فهي تتضمن الحقوق العينية والشخصية والجانب المالي من الحقوق الذهنية، وكذلك الحق في التعويض الناشئ عن كل فعل ضار.

أما الالتزامات فهي تمثل الجانب السلبي للذمة المالية وتشمل كل الالتزامات التي تثقل كاهل الشخص أيا كان مصدرها، ولا يدخل ضمن الجانب السلبي للذمة، الواجب العام الملقى عاتق الكافة باحترام حقوق الآخرين.

1- Carbonnier : OP cit, Tome 1 introduction, P 315.

2- يجب التفرقة بين المجموع القانوني " Universalité de Droit " والمجموع الفعلي "Universalité de fait" ، فالمجموع القانوني يشمل الجانب الإيجابي أي الحقوق أو الأموال ويشمل كذلك الجانب السلبي أي الالتزامات.
الجانب الإيجابي مخصص للوفاء بالجانب السلبي .Weill : Op cit, P 245
أما المجموع الفعلي فيتشكل من العناصر الإيجابية فقط. .Mazeaud : Op cit, P 317

3- Marty : Op cit, Introduction, P 465.

وفيما يلي أتعرض أولا لأهمية الذمة المالية ثم لطبيعتها القانونية.

أولا : أهمية الذمة المالية

تتمثل أهمية الذمة المالية في عنصرين أساسيين، هما حق الضمان العام (Droit de gage général) ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون، وهذا ما نتولاه بالشرح فيما يلي:

أ - حق الضمان العام

مفاده أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه كما نصت المادة 188 مدني جزائري على ذلك بقولها: « أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان. »

ويشمل الضمان العام أموال المدين[1] الحاضرة و الأموال الموجودة في ذمته وقت حلول ميعاد الوفاء، وإذا لم تكف أموال المدين للوفاء بديونه فتقسم أمواله قسمة غرماء بين الدائنين العادين.

بينما الدائنون الذين لهم حق أفضلية بمقتضى رهن أو حق تخصيص أو حق امتياز فانهم يستوفون حقهم قبل الدائنين العاديين، وبهذا يكون لهم ضمان خاص زيادة على حقهم في الضمان العام.

ويلاحظ أن حق الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله كيفما شاء في الفترة ما بين نشوء الدين وحلول أجل الوفاء به ويكون للدائن اللجوء إلى إحدى

1- يشمل الضمان العام الأموال المستقبلة، وذلك ليس على أساس فكرة الحلول العيني لهذه الأموال محل الأموال التي تصرف فيها المدين، فلو أخذنا بفكرة الحلول العيني لا استبعدنا الأموال التي انتقلت في وقت لاحق إلى المدين بالميراث ولكن أساس الضمان العام هو أن حق الدائن يرد على جميع أموال المدين دون تحديد لمال معين ، أنظر : Mazeaud : Op cit, P 323.

الدعاوى التالية لحماية حقه، وهي إما الدعوى غير المباشرة، أو دعوى الصورية أو الدعوى البولصية.

- الدعوى غير المباشرة Action indirecte : إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية في مواجهة الغير يستطيع الدائن الحلول محله باعتباره نائبا عنه ويدخل ما ينتج عن استعمال هذه الدعوى في أموال المدين، ويكون ضمانا لجميع الدائنين وهذا ما نصت عليه المادة 188 و 189 مدني.

- دعوى الصورية Action en simulation : وهذه الدعوى يرفعها الدائن في حالة قيام المدين بتصرف صوري، وللدائن إثبات الصورية، وله أن يتمسك بالعقد الصوري، إذا كان بيعا يخفي هبة مستترة مثلا، وهذا ما نصت عليه المادة 198 مدني.

- الدعوى البولصية Action Paulienne : هي دعوى عدم نفاذ تصرف قام به المدين وترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره، فيكون هذا التصرف غير نافذ في مواجهة الدائن، إذا كان المدين قد قام به غشا منه أو إضرارا بحقوق الدائن، فلا ينفذ التصرف في مواجهة المدين ويعتبر الحق كأنه لم يخرج من ذمة المدين ، وهذا ما تضمنته المادتان 191 - 192 مدني.

ب - قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون

الجانب الإيجابي لذمة المورث ضامن لجانبها السلبي، فلا تخلص ملكية الورثة على العناصر الإيجابية من التركة إلا بعد خصم الديون منها، وهذا حتى لو انتقلت إليهم التركة مباشرة بعد وفاة مورثهم فهي لا تخلص لهم إلا بعد سداد الديون.[1]

ثانيا : الطبيعة القانونية للذمة المالية

في سبيل تحديد الطبيعة القانونية للذمة المالية أتعرض للنظرية التقليدية أو

1- زواوي فريدة : المجلة الجزائرية ، مقال، مدى تعارض التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية، والسياسية، العدد 2 لسنة 1995، ص 336.

الشخصية، ثم للنظرية الحديثة أو نظرية التخصيص، مع النقد الموجه لكل منها ثم أبين موقف المشرع الجزائري منهما.

أ - النظرية التقليدية أو النظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية إلى الفقيهين أوبري و رو " Aubry et Rau " ويربط أصحاب هذه النظرية ربطا وثيقا بين الذمة المالية والشخصية القانونية، إذ الذمة المالية في رأيهم هي الجانب المالي للشخصية القانونية.[1]

وتترتب على هذا التكييف النتائج التالية :

1- تثبت الذمة المالية لكل شخص بمجرد ميلاده لأنها مرتبطة بالشخصية القانونية، فتكون للمفلس وللوليد ذمة مالية رغم عدم وجود حقوق للأول، والتزامات بالنسبة للثاني، لأن الذمة المالية تشمل كل الحقوق والالتزامات التي تثبت للشخص حاضرا و مستقبلا.

2- عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة : لا يملك الشخص القول بتعدد ذمته المالية نتيجة قيامه بفصل بعض عناصرها وإخضاعها لنظام خاص، بل تبقى الذمة المالية كلا لا يتجزأ.

3- عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها أو النزول عنها : فهي وعاء إفتراضي يشمل الحقوق والالتزامات معا، فيمكن التصرف في عناصرها فرادى دون أن يؤثر ذلك في كيان هذا المجموع وذلك بانقاص عناصر من الذمة أو إضافة عناصر لها دون أن ينال هذا من وجود الذمة كمجموع قانوني، ويحل ما أضيف حلولا عينيا محل ما خصم منها.

ويشرح أصحاب هذه النظرية فكرة إنتقال التركة إلى الورثة في ظل القانون الفرنسي الذي يعد فيه الوارث استمرارا لشخصية مورثه إذا قبل التركة على حالها،

1- Mazeaud : Op cit, introduction, P 316.

بأن ذمة المورث في حالة الوفاة تختلط مباشرة بذمة الوارث وتشكل ذمة واحدة، فليس هناك انتقال لذمة المورث.[1]

ب - النظرية الحديثة أو نظرية التخصيص

تنسب هذه النظرية إلى الفقهاء الألمان الذين يفصلون بين الذمة المالية والشخصية القانونية، ويرون أن الذمة المالية هي تخصيص أموال معينة للوفاء بالتزامات معينة أي تخصيصها لغرض معين، ويرون أن فكرة الشخصية المعنوية ما هي إلا حيلة مصطنعة مخالفة للواقع للإعتراف لمجموع من الأشخاص والأموال بذمة مستقلة.[2]

وتترتب على الأخذ بهذه النظرية النتائج التالية :

1- أنه يمكن أن توجد ذمة بدون شخص، كما في حالة وجود مجموعة من المال لتحقيق غرض معين، كما قد يوجد أشخاص بدون ذمة إذا لم تكن لهم عناصر إيجابية وسلبية.[3]

2- قابلية الذمة المالية للتجزئة : فقد تتعدد الذمم المالية للشخص الواحد، بتخصيص كل واحد من عناصرها لغرض معين، كعنصر للاستغلال التجاري وعنصر آخر للنشاط الصناعي ...

3- قابلية الذمة المالية للتصرف فيها والنزول عنها : ويستند أصحاب هذه النظرية في قولهم بجواز التصرف في الذمة المالية إلى فكرة المحل التجاري باعتباره مجموعا قانونيا، فهو ذمة مالية متخصصة، يخصصها التاجر لغرض تجاري معين، ويجوز التصرف فيها، فالمحل التجاري يعد ذمة مالية متخصصة.[4]

1- Marty et Raynaud : OP cit, P 467.

2- حسن كيرة : المرجع السابق، ص 503.

3- Weill : Op cit, introduction, P 251.

4- محمد حسنين : الوجيه في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985، ص 144.

ج - تقدير النظريتين وموقف المشرع الجزائري منهما

1- تقدير النظريتين

لقد انتقدت النظرية التقليدية بشدة، وذلك لربطها بين الذمة المالية والشخصية القانونية إلى حد يصعب الفصل فيه بينهما، وتترتب على الذمة المالية الآثار المترتبة على الشخصية بينما الواقع مخالف لذلك، إذ يمكن تجزئة الذمة وأن يخصص مال معين لالتزامات معينة، فتكون للشخص أكثر من ذمة،[1] كالشريك في شركة المساهمة مثلا، فتمثل حصته في الشركة ذمة مستقلة عن ذمته الخاصة. كما يمكن التصرف في هذه الذمة بصفة مستقلة كما تنتقل الذمة المالية بالوفاة إلى الورثة في القانون الفرنسي وكذلك في القانون المصري، إذ تنتقل ذمة المورث إلى الورثة، ولا يكون الوارث مسئولا عن ديون التركة، بل تظل الذمة المالية للمورث بعناصرها الإيجابية والسلبية باعتبارها لا تنتهي بالوفاة ، لأنها ليست هي ذاتها الشخصية القانونية.[2]

أما نظرية التخصيص فانها انتقدت على أساس أنه لا يمكن أن توجد ذمة دون شخص طبيعي أو معنوي.[3]

وتبقى نظرية التخصيص نظرية مطابقة للواقع وتؤدي إلى تحقيق نتائج مرغوب فيها، وتحفز التطور الإقتصادي، إذ يخصص رجال الصناعة والتجارة أموالا معينة لأغراض معينة، وتكون أيضا مخصصة لالتزامات معينة وتبقى للشخص ذمة أخرى لا تثقلها هذه الالتزامات.[4]

2- موقف المشرع الجزائري

يأخذ المشرع الجزائري أصلا بالنظرية الشخصية، فلا يمكن أن توجد ذمة مالية

1- Marty et raynaud : Op cit, introduction, P 467.

2- حسن كيرة : المرجع السابق، ص 511.

3- Marty et raynaud : Op cit, introduction, P 469.

4- Mazeaud : OP cit, Introduction, P 326.

بدون شخص معين سواء أكان طبيعيا أم معنويا، وكذلك تعتبر جميع أموال المدين، ضامنة لكل دينه وفقا لما سبق شرحه.

ولا يمكن القول بأن المحل التجاري تطبيق لنظرية التخصيص . كما ذهب إليه الدكتور حسنين .[1] باعتباره مجموعا قانونيا لأنه في الحقيقة لا يعتبر كذلك إذ في حالة التصرف فيه، تنتقل إلى المتصرف إليه العناصر الإيجابية فقط[2] ذلك لأن المحل التجاري وإن كان يشكل مجموعا من العناصر الإيجابية إلا أن التاجر ليس ملزما في حدود الأموال المخصصة للمحل التجاري فقط بل في حالة إفلاس المدين التاجر فانه يكون ملزما في ماله الخاص كذلك، إذ تدخل جميع أمواله القابلة للحجز عليها ضمن التفليسة وكذلك جميع الديون سواء تلك الخاصة بالمحل التجاري أو غيرها. ويجوز للدائنين التنفيذ بحقهم على المحل التجاري حتى في حالة عدم شهر إفلاس المدين التاجر.

فالمحل التجاري مجموع أموال خصصت لغرض معين ولكنها تمثل مجموعا فعليا، ذلك لأن جميع أموال المدين تظل ضامنة للوفاء بديونه.[3]

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية التخصيص في الأحوال التالية :

1- إذا فسرنا قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " بأن كل ذمة المتوفى تنتقل إلى ذمة الورثة مع التزامهم في حدود الجانب الإيجابي فقط لذمة مورثهم، فتكون للوارث إلى حين تسديد[4] الديون ذمتان، ذمة خاصة بديونه هو، وذمة خاصة بديون المورث التي يضمن جانبها الإيجابي، جانبها السلبي.

2- تتحدد مسئولية الشريك في الشركة ذات المسئولية المحدودة وفي شركة

1- محمد حسنين : المرجع السابق، ص 144.

2- عبد الحي حجازي : المرجع السابق، نظرية الحق، ص 78.

3- Jean Dupoux & Joseph Hellal : Le fonds de commerce, Que sais je? Tome 1936, 1981, P 33.

4- زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 24.

المساهمة، بقدر حصته في الشركة، فلا يجوز لدائني الشركة التنفيذ على أموال الشريك الخاصة، إذ له ذمتان.

3- يحق لصاحب السفينة تركها هي وحمولتها للدائن الذي نشأت حقوقه بسبب السفينة، (المواد من 92 إلى 116 من القانون البحري الجزائري.)

4- بالنسبة لحائز العقار المرهون، والحائز هو من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون، فانه لا يكون مسئولا عن الديون التي تثقل العقار إلا في حدود قيمة العقار، فله ذمتان، ذمة خاصة بالعقار المرهون تقتصر على تسديد الديون التي كانت تثقل العقار المرهون قبل انتقال الملكية إليه، وذمة خاصة به تشمل جميع حقوقه والتزاماته.[1]

5- مسئولية القاصر لا تتجاوز حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته، بينما يظل قاصرا بالنسبة للأموال غير المأذون له بالتصرف فيها فله ذمتان منفصلتان تكون الأولى خاصة بالأموال المأذون له بالتصرف فيها والثانية خاصة بالأموال التي لا يجوز له التصرف فيها.

المبحث الثاني

الشخص الإعتباري أو المعنوي

إن الشخصية القانونية تفترض شخصا طبيعيا أو معنويا كطرف للحق، ولكن الأمر يختلف بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فالشخص الطبيعي يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده، بل وقد تثبت له بعض مميزات هذه الشخصية قبل الميلاد كما سبق تبيانه، أما الشخص المعنوي أو الإعتباري، وهو مجموع من الأموال أو جماعة من الأشخاص يتحدون للقيام بنشاطات مشتركة ولأغراض مختلفة، ويسمى بالشخص المعنوي لأنه ليس له كيان مادي، وإنما هو وجود معنوي فقط، وقد اعترف له القانون بالقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

1- محمد حسنين : المرجع السابق، ص 144.

وينشأ الشخص المعنوي لتحقيق غرض معين، وهذا الغرض هو الذي يحدد غالبا ميزاته، وخصائصه، فلا تكون له أهلية ولا ذمة مالية إلا في حدود هذا الغرض، ولا تمنح له الشخصية القانونية إلا لتحقيق هذا الهدف.

وسأتعرض لأنواع الشخص الإعتباري، ثم لعناصر تكوين الشخص المعنوي الخاص، وبعدها أبين مميزات الشخص الإعتباري، لأتعرض في الأخير لمسئولية الشخص الإعتباري.

المطلب الأول : أنواع الشخص المعنوي

الشخص المعنوي نوعان، شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص.

أولا : الشخص المعنوي العام

يتميز الشخص المعنوي العام بما له من السيادة وحقوق السلطة العامة، ويمنحه القانون الشخصية المعنوية وفقا للمادة 49 مدني.

فللدولة شخصية معنوية، وتنشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب وإقليم وحكومة ذات سيادة.

وكذلك تتمتع الولاية بالشخصية المعنوية إذ نصت المادة الأولى من قانون الولاية على أن الولاية جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي، يديرها والي.

كما اعترف القانون أيضا للبلدية بشخصية مستقلة فهي ليست فرعا من الحكومة المركزية ولا من الولاية، ويمثلها رئيس البلدية، وتثبت الشخصية المعنوية العامة للبلدية بمقتضى القانون.

وإلى جانب الدولة والولاية والبلدية، يشمل الشخص المعنوي العام كذلك

الأشخاص المعنوية المرفقية أو المصلحية أو المؤسسات. "Les établissements publics".

فاذا كان اختصاص الشخص المعنوي العام الإقليمي مقيدا بحدود إقليمية، فان إختصاص الشخص المعنوي المصلحي أو المرفقي مقيد بالغرض الذي أنشأ من أجله، وليست كل المؤسسات العامة قومية، فبعضها إقليمي يتبع الولايات كالملاجئ، أو بعض المؤسسات الولائية، وإذا اعترف لهذه المرافق بالشخصية المعنوية فانها تصبح مؤسسات عامة يشرف عليها الشخص الإقليمي الذي أنشأها.

وكانت المؤسسات العامة مقصورة في أول الأمر على المرافق العامة الإدارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية، ثم تطورت فكرة المرفق العام، ووجدت مرافق عامة إقتصادية وصناعية وتجارية وكلما منحت الدولة هذه المرافق العامة الشخصية المعنوية صارت مؤسسات عامة.

ويلاحظ أن القانون 88-04 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدل والمتمم للقانون التجاري والمجدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الإقتصادية نص في المادة الثانية منه على أن : «المؤسسات العمومية الإقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري.»

ويفهم من هذا النص أن المؤسسات العمومية الإقتصادية تتمتع بالشخصية المعنوية وتخضع للقانون الخاص.

ويمتاز الشخص المعنوي العام بأنه يظل تحت إشراف الدولة مع تمتعه بالإستقلال بأمواله، أي أن له ذمة مالية مستقلة به، وله حق التقاضي بواسطة ممثله دون حاجة إلى تدخل الدولة في ذلك.

كما يستقل الشخص المعنوي العام بمسئولية سواء كانت مسئولية عقدية أو تقصيرية. فالعمل ينسب إلى الشخص المعنوي الذي صدر منه حتى لو كانت السلطة المركزية أذنت له مسبقا كما يتحمل أشخاص القانون العام مسئولية الأفعال التي يقوم

بها موظفوهم أثناء عملهم أو بسببه، وتكون مسئولية الشخص المعنوي العام في هذه الحالة مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهذه نتيجة لإستقلال موظفي الأشخاص العامة عن موظفي الدولة.

ثانيا : الأشخاص المعنوية الخاصة

هي تلك التي يكونها الأفراد، سواء لتحقيق غرض خاص بهم أو لغرض يعود بالنفع العام، وهي على نوعين، مجموعات الأشخاص ومجموعات الأموال.

أ - مجموعات الأشخاص ذات الشخصية المعنوية

تقوم على إجتماع عدد من الأشخاص الطبيعية والمعنوية، وتنقسم بحسب الغرض منها إلى شركات وهي ما تسعى إلى تحقيق ربح مادي، وإلى جمعيات وهي تسعى إلى تحقيق أغراض أخرى غير الربح المادي، كالقيام بأعمال البر أو الثقافة ...

1- الشركات

الشركة هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالاسهام في مشروع اقتصادي، وذلك بتقديم حصة من المال أو العمل ويقتسمون ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

فتكون الشركة مدنية إذا كان موضوعها مدنيا، كالاستغلال الزراعي أو تربية الحيوانات، ويحدد غرض الشركة في عقد تكوينها، ولكن اذا اتخذت الشركة المدنية شكل شركة تجارية، اعتبرت تجارية بحسب الشكل وتخضع للقانون التجاري.

وتتحدد مسئولية الشريك في الشركة المدنية، بنسبة نصيبه في الخسارة حتى لو جاوز هذا النصيب قدر الحصة التي قدمها في رأسمال الشركة، ولا يكون الشركاء في الشركة المدنية متضامنين فيما بينهم، وهذا ما نصت عليه المادتان 434 و 435 مدني.

وهناك شركات اعتبرها المشرع الجزائري شركات تجارية بحسب الشكل،

شركة التضامن، وشركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة.

ففي شركة التضامن يلعب الإعتبار الشخصي دورا أساسيا، وتكون للشريك صفة التاجر، ويكون مسئولا عن جميع ديون الشركة مسئولية تضامنية، وهذا ما نصت عليه المادة 1/551 تجاري بقولها: « للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسئولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة. »

وتنقضي الشركة بوفاة أحد الشركاء أو بانسحابه أو فقد أهليته.

أما شركة المساهمة، فالعنصر الغالب فيها هو المال، فتكون للشركاء أسهم قابلة للتداول، ولا يكونون مسئولين عن ديون الشركة إلا بقدر ما يملكه كل منهم من أسهم، ولا تؤدي وفاة الشريك أو إفلاسه إلى حل الشركة.

أما الشركة ذات المسئولية المحدودة، فانها تجمع بين الطابع الشخصي إذا حدد المشرع عدد الشركاء فيها والذي يجب ألا يتجاوز 20 شريكا (المادة 590 تجاري)، ولا تكون حصص الشركاء قابلة للتداول، وتكون مسئولية الشريك في حدود حصته ودون تضامن مع باقي الشركاء، وهذا ما نصت عليه المادة 1/564 تجاري.

وتنتهي الشركة عموما بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله، كما تنتهي بهلاك جميع مالها، أو بافلاسها أو باتفاق الشركاء.

2- الجمعيات

تنشأ الجمعية باتفاق الأعضاء على تحقيق هدف غير مادي، وقد يكون هدفها خيريا أو ثقافيا أو علميا أو رياضيا، ولا تكون موارد الجمعية مصدرا لاغتناء أعضائها، بل الغرض منها هو تحقيق هدفها، وموارد الجمعية تتكون في الغالب من تبرعات المواطنين، ويحدد غرض الجمعية بمقتضى سند إنشائها، وكذلك إختصاصاتها، ولا يجوز للجمعية تجاوز الحد الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله.[1]

1- عبد الحي حجازي :نظرية الحق ، المرجع السابق، ص 171.

و لا يكون لانسحاب العضو أو لوفاته أثر على بقاء الجمعية.

وتنقضي الجمعية بالحل الإختياري أو بالحل القضائي أو الإجباري، وتحل الجمعية إذا كانت تمس بالإختيارات السياسية أو الإقتصادية أو الثقافية للوطن أو كانت تمس بحرمة التراب الوطني.

ب - مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية

وهي تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر والإحسان، ويكون ذلك إما في شكل مؤسسة خاصة، أو في شكل وقف.

ويعد كل منهما تبرعا بمجموع من المال، لذلك يأخذ حكم التبرعات، ويمكن دائني المتبرع الطعن في التصرف بالدعوى البولصية، كما يأخذ التصرف حكم الوصية إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت، ويجوز للورثة الطعن فيه إذا جاوز مقدار الثلث المقرر شرعا للوصية.

1- المؤسسات الخاصة Les Fondations

تنشأ هذه المؤسسات بتخصيص أحد الأشخاص لمجموعة من الأموال على وجه التأبيد أو لمدة غير معينة لتحقيق عمل ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر أو على وجه العموم لتحقيق غرض غير الربح المالي.

وهذا العمل هو تبرع بالنسبة للمؤسس، ولكي ينشأ الشخص المعنوي لابد أن يقصد المتبرع بالأموال إعطائها شكل كائن معنوي مستقل بذاته ومستقل عن السلطة العامة.[1]

وتتميز مجموعات الأموال بأن العنصر المالي، هو العنصر الأساسي فيها، فلا يلزم لقيامها إجتماع عدد من الأشخاص، إذ الشخص الواحد يستطيع تخصيص

1- Starck : Op cit, P 72.

مجموعة من الأموال، فتتمتع هذه الأموال بالشخصية المعنوية.

2- الوقف

هو نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وهو حبس العين عن التملك، وقد عرفه المشرع في المادة 4 من قانون الأوقاف[1] بأنه: « عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة. »

والحقيقة هي أن الوقف، تصرف بالإرادة المنفردة، إذ لا يشترط المشرع قبول الموقوف عليه في الوقف العام.

وقد يكون الوقف، وقفا عاما وذلك بوقف العين ابتداءا على جهة من جهات الخير ، وقد يكون وقفا خاصا وذلك بوقف العين لمصلحة عقب الواقف من الذكور أو الإناث.

ويئول الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى جهة من جهات الخير التي عينها الواقف، وهذا ما تضمنته المادة 6 من قانون الأوقاف.

ويلاحظ أن المادة الثالثة من نفس القانون عرفت الوقف بأنه: « حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير. »

وهذا يعني أن الوقف لا بد أن يكون على وجه التأبيد، إلا أن المشرع نص أيضا على أن الوقف يرد على حق الانتفاع، ولا يمكن أن يترتب على وقف حق الانتفاع زوال الملكية عن الواقف، بل يظل مالكا للرقبة، فتطبق المادة 1/17 على وقف العين سواء كانت عقارا أو منقولا دون وقف المنفعة الذي يفرض أن يكون مؤقتا.[2]

1- قانون رقم 91 - 10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 ، يتعلق بالأوقاف.

2- زواوي فريدة : نظرات في قانو الأوقاف، مقال المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،الإقتصادية، والسياسية، العدد 4، 1996، ص 906 و ما بعدها.

وتمنح للوقف الشخصية المعنوية، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من القانون بقولها: « الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية القانونية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها. »

المطلب الثاني : عناصر تكوين الشخص المعنوي الخاص

لتكوين الشخص المعنوي الخاص، يجب توافر عناصر معينة، فمنها العنصر الموضوعي والعنصر المادي والعنصر المعنوي، وهذه العناصر يشترط توافرها في كافة الأشخاص المعنوية أما العنصر الشكلي، فاشتراطه يختلف من شخص معنوي إلى آخر.

أولا : العنصر الموضوعي

وهو إتجاه إرادة الأفراد إلى إنشاء الشخص المعنوي.

فللإرادة دور فعال في تكوين الشخص المعنوي الخاص إذ لا تنشأ الشركات إلا بعقد، وقد عرفت المادة 416 مدني الشركة بما يلي: « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك. »

ويلاحظ أن المشرع تدخل إلى حد بعيد، بعدة نصوص آمرة في الشركات وخاصة بالنسبة لشركة المساهمة إذ نظم كل ما يتعلق بتأسيسها وإدارتها، ومراقبتها، وتعديل رأسمالها ومراقبتها، وتحويلها وحلها.

وهذا التدخل المتزايد يؤدي إلى القول بأن الشركة أقرب إلى فكرة التنظيم

القانوني من فكرة العقد[1] إلا أن تأسيس الشركة لا يتم إلا بعد إتفاق المؤسسين على جميع شؤونها وتحديد شروط عقد الشركة، فللإرادة إذن دور فعال وأساسي في تكوين الشركة، وهذا ما يتضح من نص المادة 416 السالف ذكرها.

وكذلك الحال بالنسبة للجمعية إذ لا تنشأ إلا بمقتضى إتفاق وقد نصت المادة 6 من قانون الجمعيات الصادر بالقانون رقم 90 - 31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 على أن الجمعية هي الإتفاق الذي يقدم بمقتضاه عدة أشخاص بصفة دائمة وعلى وجه المشاركة مصارفهم ونشاطهم ووسائلهم المادية للعمل من أجل غاية محددة لا تدر عليهم ربحا.

وفي الوقف أيضا يجب كذلك أن تتجه إرادة الواقف إلى وقف العين أو المال، ويشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع ويجب أن تكون إرادته صريحة وكذلك بالنسبة للمؤسسة، يجب أن تكون إرادة المؤسس صريحة، ويجب أن يقصد بتبرعه إنشاء مؤسسة وليس إضافة الأموال المتبرع بها إلى شخص معنوي موجود من قبل كمستشفى مثلا.[2]

ثانيا : العنصر المادي

يجب توافر مجموعة من الأشخاص أو مجموع من المال وفقا لنوع الشخص المعنوي، ففي مجموع الأموال كالوقف والمؤسسة لابد من توافر المال، ولابد من أن يكون كافيا لتحقيق الغرض المقصود من المؤسسة.

وهذا العنصر، عنصر أساسي في مجموعات الأموال، أما العنصر الشخصي فقد يكفي لتوافره تبرع شخص واحد بالمال.

أما في جمعيات الأشخاص فيلزم بطبيعة الحال إلى جانب الأشخاص توافر مال كاف كما في الشركة إذ يحدد المشرع حدا أدنى لرأسمالها.

1- أحمد محرز : القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، الشركات التجارية ، الطبعة الثانية 1980، ص 9 - 10.

2- Carbonnier : OP cit, Tome 1, P 385.

ثالثا : العنصر المعنوي

يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي هو تحقيق غرض جماعي معين أي أن يهدف الشخص المعنوي إلى تحقيق مصلحة المجموعة سواء كان الهدف عاما يحقق المصلحة العامة أو يحقق مصلحة خاصة بجماعة معينة، كمصلحة الشركاء في الشركة، ولابد من تحديد الغرض، سواء كان ماليا أو غير مالي، ويشترط أن يكون الغرض ممكنا ومشروعا أي ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، ويجب كذلك أن يكون مستمرا وليس أمرا عرضيا.

رابعا : العنصر الشكلي

قد يتطلب القانون الرسمية، كما قد يستلزم الشهر، وقد يتطلب أيضا حصول مجموعة الأموال أو جماعة الأشخاص على ترخيص خاص لاكتساب الشخصية المعنوية.

1- الرسمية

لقد اشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوبا في شكل رسمي وإلا كانت باطلة، إذ تنص المادة 418 مدني على ما يلي: « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ... »

كما تنص المادة 545/1 تجاري على ما يلي: « تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة. »[1]

كما نصت المادة 41 من قانون الوقف على ما يلي: « يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ... »

1- Art 545/1 Commercial : « La société est à peine de nullité constatée. par acte authentique ».

2- الشهر

قد لا تتمتع مجموعة الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ شهرها، كما قد تتمتع بها من يوم إنشائها. ويشترط الشهر للاحتجاج بها على الغير، ولقد اشترط المشرع شهر الشركات التجارية لتمتعها بالشخصية المعنوية، إذ تنص المادة 549/1 تجاري على ما يلي: « لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ... »

أما الشركات المدنية، فشهرها ضروريا للاحتجاج به على الغير، إذ تنص المادة 417/1 مدني على ما يلي: « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون. »

وقد نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على ضرورة الشهر الواقف للوقف لدى مصلحة السجل العقاري إذ نصت على ما يلي: «يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ... »

ولم يبين المشرع في هذا النص ما إذا كان الشهر ضروري لاكتساب الوقف الشخصية المعنوية أم هو شرط للاحتجاج بالوقف في مواجهة الغير فقط. ويمكن الاستخلاص من المادة 5 من نفس القانون التي تمنح الوقف الشخصية المعنوية أن اكتساب الوقف للشخصية المعنوية لا يتوقف على الشهر فيكون الشهر وسيلة للاحتجاج بالوقف في مواجهة الغير فقط وهي الوظيفة الأصلية للشهر.

3- إعتراف الدولة بالشخص المعنوي

واعتراف الدولة بالشخص المعنوي إما أن يكون اعترافا عاما أو اعترافا خاصا.

ويكون الاعتراف عاما إذا وضع المشرع شروطا عامة، متى توافرت في مجموعة من الأشخاص أو في مجموعة من الأموال اكتسبت الشخصية المعنوية دون حاجة إلى

إذن أو ترخيص خاص، وقد نصت المادة 417 مدني السالف ذكرها على أن الشركات المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها.

أما الاعتراف الخاص فهو الترخيص الخاص المطلوب الحصول عليه لاكتساب الشخصية المعنوية، وقد نصت المادة 49 مدني على ما يلي: « ... وكل مجموعة التي[1] يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية. »

فتمنح الدولة الشخصية المعنوية لجماعات معينة بناءا على ترخيص خاص، فبالنسبة للجمعيات نصت المادة 1/16 من القانون 90 - 31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات على أن : « تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها طبقا للمادة 7 من هذا القانون ... »

وتشترط المادة 7 من هذا القانون إيداع تصريح التأسيس لدى السلطات العمومية المختصة، فلابد إذن من ترخيص الوالي بالنسبة للجمعيات التي يكون مجالها الاقليمي يهم بلدية واحدة أو عدة بلديات في الولاية الواحدة.

وقد يتطلب الأمر ترخيص وزير الداخلية بالنسبة للجمعيات ذات الصبغة الوطنية والجمعيات المشتركة بين الولايات.

وكذلك بالنسبة للجمعيات الأجنبية - وهي الجمعيات التي يكون مقرها في الخارج، أو يكون مقرها في الجزائر ولكن تسير من طرف أجانب سواء كليا أو جزئيا - فانها تخضع لترخيص وزير الداخلية وهذا ما تضمنته المادة 40 من قانون الجمعيات المذكور أعلاه.

1- يلاحظ أن كلمة (التي) زائدة في نص المادة 49 مدني والأصح هو « ... وكل مجموعة يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية. »

المطلب الثالث : مميزات الشخص الاعتباري

للشخص المعنوي أهلية وجوب وأهلية أداء، وله ذمة مالية، وإسم، وموطن، وجنسية، وتبرز هذه المميزات بصفة خاصة بمقارنتها مع مميزات الشخص الطبيعي.

وفيما يلي ندرس هذه المميزات على النحو التالي: الأهلية، الإسم، الموطن، الحالة، الذمة ، وفي الأخير نشير إلى فكرة مسئولية الشخص الاعتباري.

أولا - أهلية الشخص الاعتباري

نتعرض لأهلية الوجوب ثم لأهلية الأداء

أ - أهلية الوجوب

طالما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فانه لابد أن يتمتع كذلك بأهلية وجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ونظرا لاختلاف الشخصية الطبيعية عن الشخصية المعنوية فتكون حقوق الشخص المعنوي والتزاماته مختلفة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالشخص الطبيعي، فلا تثبت للشخص المعنوي الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان، فلا تكون له حقوق الأسرة، كما لا تثبت له حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم، كما أنه لا يرث، باستثناء الدولة إذ تؤول إليها أموال من لا وارث له أوالتي تخلى عنها الورثة وهذا ما نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة بقولها: « ... فاذا لم يوجد أصحاب فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فان لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة. »

ولكن يجوز أن يوصي بوصية للشخص الإعتباري أما الحقوق الشخصية المتعلقة بالكيان الأدبي، فانها تثبت للشخص المعنوي، فيكون له الحق في سمعته، وإسمه وحمايته وتثبت له كذلك أهلية التقاضي.

وبصفة عامة فان أهلية وجوب الشخص الاعتباري يحكمها مبدأ التخصيص "Principe de la spécialité" ، فالشخص الطبيعي صالح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات دون تحديد أو تقييد بشرط عدم مخالفة النظام العام والأداب العامة بينما الشخص المعنوي باعتباره أنه وجد لتحقيق غرض معين، فان نشاطه ينحصر في الحدود التي يقتضيها الهدف أو الغرض الذي وجد من أجله، فلا يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض أو الهدف.(1)

ب ـ أهلية الأداء

وهي صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه، والشخص الاعتباري ليس له تمييز بحكم طبيعته إذ ليست له بذاته إرادة ، لهذا ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن الشخص المعنوي ليس منعدم الأهلية ، بل له أهلية ولكن لا يستطيع العمل إلا بواسطة ممثله، كما هو الأمر بالنسبة للشخص الطبيعي عديم التمييز.

لكن يجب ألا يفهم من عدم إمكانية الشخص المعنوي القيام بعمله إلا بواسطة ممثله، إنعدام الأهلية لديه، إذ القانون يعتبر الإرادة التي يعبر عنها ممثل الشخص المعنوي، والأعمال التي يقوم بها، بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوي.(2)

وقد يتولى تمثيل نشاط الشخص المعنوي، فرد أو شخص، كرئيس الدولة مثلا، أو الوالي .. كما قد تتولاه هيئة كالمجالس المحلية والجمعيات العمومية.

ويعد الشخص المعنوي مسئولا مسئولية شخصية عن أعمال هذا النائب، ويلاحظ أنه وفقا لمبدأ التخصيص فأن أهلية أداء الشخص المعنوي تنحصر في حدود الغرض المخصص له أو الذي أنشأ من أجله.

1- Starck : Op cit, P 73.

2- Carbonnier : OP cit, Tome 1,introduction, P 403.

ثانيا : الإسم

للشخص المعنوي إسم يميزه عن غيره، فقد يكون إسم الشركاء أو أحدهم أو إسم منبثقا من غرض الشخص المعنوي ، وإذا كان الشخص الإعتباري يمارس التجارة، فيمكن أن يتخذ إسما تجاريا، ويعد حقه في هذا الجانب ماليا، ويجوز له التصرف فيه، ولكن ليس بصفة مستقلة عن المحل التجاري ذاته. وحق الشركة على إسمها حق مالي، أما حق الجمعية أو المؤسسة الخاصة على إسمها طالما لا تهدف إلى تحقيق الربح فيعد حقا أدبيا من حقوق الشخصية.

ثالثا : الموطن

يتمتع الشخص المعنوي بموطن مستقل عن موطن أعضائه، وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسي وليس حتما أن يكون مركز الاستغلال ولقد نصت المادة 1/547 تجاري على ما يلي: « يكون موطن الشركة في مركز الشركة. »

وإذا كان للشخص المعنوي فروع في أماكن مختلفة فانه يمكن أن يتعدد الموطن بقدر تعدد هذه الفروع، فمركز إدارة الفرع يعد موطنا لهذا الفرع، فتعدد الموطن بالنسبة للشخص المعنوي أكثر شيوعا من الشخص الطبيعي.

ولقد نصت المادة 9/9 إجراءات مدنية على أنه : « في الدعاوى المرفوعة ضد شركة أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة إختصاصها إحدى مؤسساتها. »

رابعا : الحالة

يقصد بالحالة، الحالة السياسية إذا لا يمكن أن تكون للشخص المعنوي حالة عائلية.

والسائد هو أن جنسية الشخص المعنوي تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز

إدارته الفعلي. فمتى اتخذ الشخص المعنوي بلدا معينا مركزا لإدارته تثبت له جنسية هذا البلد، ويخضع نظامه القانوني، لقوانين الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي، ولقد اعتبر بعض الفقهاء أن الجنسية بالنسبة للشركة أهم من الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي ذلك لأنه إذا كان من الممكن وجود شخص عديم الجنسية، فمن غير المتصور وجود شركة بدون جنسية، فمن الضروري أن تكون لها جنسية.(1)

ولم يتعرض المشرع الجزائري لجنسية الشخص المعنوي، ولكن يمكن أن يستخلص من المادة 4/50 مدني أنه تخضع كل شركة تمارس نشاط في الجزائر إلى القانون الداخلي، أي تكون لهذه الشركة الجنسية الجزائرية بمجرد ممارستها لنشاط في الجزائر، ويطبق عليها القانون الجزائري، إذ نصت المادة 4/50 على ما يلي: « الشركات التي يكون مركزها في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر. »

خامسا : الذمة المالية

للشخص المعنوي شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه، فذمته المالية مستقلة عن ذمة أعضائه ومؤسسيه، وديون الشخص الإعتباري تضمنها حقوقه، ولا يجوز لدائني الأعضاء أو دائني المؤسسين التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص المعنوي، ولا يجوز لدائني الشخص المعنوي التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء والمؤسسين لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص المعنوي، فلا تعد ضمانا عاما.

وإعلان إفلاس الشركة مستقل أيضا عن إعلان إفلاس الشركاء أو المؤسسين، وتخضع أرباح الشركة لضرائب مستقلة عن الضرائب التي يخضع لها الشركاء، وباستثناء شركة التضامن إذ لا يوجد فيها فرق بين المال الخاص

1 - إلياس ناصف : الكامل في قانون التجارة، الجزء الثاني، الشركات التجارية، منشورات بحر المتوسط وعويدات، بيروت 1982، ص 52.

للشريك والمال المملوك للشركة إذ يسأل الشركاء فيها عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، أما فيما عدا هذا الاستثناء فان أصول الشخص المعنوي هو الضمان الوحيد لخصومه.(1)

سادسا : مسئولية الشخص الإعتباري

إن طبيعة الشخص المعنوي الخاصة والتي جعلته لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية بنفسه بل بواسطة نائبه أو ممثله، تثير أيضا تحديد مسئولية الشخص المعنوي عندما يترتب على هذه التصرفات أو عن أعمال ممثله أو نائبه ضررا يلحق الغير.

فبخصوص المسئولية المدنية، فالشخص الإعتباري يكون مسئولا عن عمل ممثله ما دام هذا الأخير يكون قد سبب ضررا للغير بسبب النشاط الذي يقوم به لحساب الشخص الإعتباري(2) ويكون مسئولا مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه.

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية، فانه إذا كان من المستحيل تطبيق العقوبات الجسمانية على الشخص المعنوي فانه من الممكن أن تطبق عليه العقوبات التي تتلائم مع طبيعته، كالمصادرة والغرامة المالية والحل ...

1- Carbonnier : OP cit, Tome 1,introduction, P 401.

2- أنور سلطان : مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 317.

الفصل الثاني

محل الحق

يختلف محل الحق باختلاف أنواع الحق، لهذا سأتعرض لمحل الحق الشخصي ثم لمحل الحق العيني.(1)

المبحث الأول

محل الحق الشخصي

يقسم فقهاء القانون محل الحق الشخصي إلى الالتزام باعطاء شيء، والالتزام بالقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل، ولا أوافق على وجود التزام باعطاء شيء ذلك لأن هذا الالتزام يتمثل في نقل ملكية الشيء أو ترتيب أي حق عيني آخر عليه أي إنشاء حق عيني على الشيء، وهذا إما أن يتم بمجرد العقد أو بعد قيام الملتزم باجراءات تعتبر إلتزاما بالقيام بعمل، ففي عقد البيع مثلا يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري.

فاذا كان الشيء معينا بذاته انتقلت الملكية بمجرد البيع دون أن يكون البائع ملزما بشيء (المادة 165 مدني) أما في بيع المعين بالنوع، وهو البيع الذي يتطلب الإفراز، كبيع كمية من القمح، فالملكية لا تنتقل إلا بعد إفرازه (المادة 166 مدني)، ولا يلتزم البائع بنقل الملكية أي باعطاء شيء، كما يرى البعض في هذه الحالة،(2) بل

1- أما محل الحق الذهني فقد سبق التعرض له ضمن أنواع الحقوق في القسم الخاص بالحقوق الذهنية، كما سبق أن بينت أن محل الحقوق العامة يصعب تمييزه عن صاحب الحق ويبقى مع ذلك متصلا بالشخص ولكنه متميزا عنه، فقد يتعلق الأمر بالسلامة الجسدية، أو المعنوية على النحو الذي بينته ضمن الحقوق العامة ...

2- Flour et Aubert : Droit civil - les obligations, volume 1, l'acte juridique, Armand colin, Paris 1975, P 30.

الملكية تنتقل بمجرد الافراز، ويقع على البائع التزام بالقيام بعمل وهو الافراز.(1)

أما في العقارات، فالملكية تنتقل بالشهر وبقوة القانون، ولا يقع على عاتق البائع التزام بنقلها، إذ تنص المادة 90 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي : « ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم ... »

أولا - الالتزام بالقيام بعمل

يتضمن هذا الالتزام القيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن، مثل قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وقيام هذا الأخير بدفع الثمن، وقيام المقاول بأقامة بناء لمصلحة الدائن أي رب العمل، وقيام الناقل بنقل شيء أو شخص إلى جهة معينة، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، والتزام هذا الأخير بدفع الأجرة، والتزام المقرض بأن يدفع مبلغ القرض إلى المقترض ...

ويكون الالتزام، إلتزاما بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددا، فيكون المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة، كالناقل مثلا، فانه ملتزم بتسليم البضاعة في المكان وفي الزمان المحددين، ويعتبر مخلا بالتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة، ولا يعفى من المسئولية إلا إذا أثبت أن قوة قاهرة حالت دون تحقيق النتيجة.

أما في الالتزام ببذل عناية يكون المدين ملزما باستعمال أفضل الوسائل الممكنة، وباستعمال أكبر قدر من الحيطة والجهد، فلا يكون ضامنا لتحقيق نتيجة. فالطبيب لا يكون ملزما بشفاء المريض، ولكن يلتزم بعمل ما في وسعه لتحقيق الغرض.

ولا يكون المدين في الالتزام ببذل عناية مسئولا عن عدم تحقيق النتيجة إلا إذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة لذلك.

1- عبد الباقي عبد الفتاح : نظرية الحق، المرجع السابق، ص 12.

ثانيا ـ الالتزام بالامتناع عن عمل

إن معظم العقود تتناول الالتزام بالامتناع عن عمل، كعقد البيع مثلا فانه يفرض التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع، وعقد الإيجار يتضمن التزام المؤجر بعدم التعرض للمستأجر في العين المؤجرة، وبائع المحل التجاري يلتزم بعدم فتح محل تجاري يمارس فيه نفس التجارة في نفس المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه للمشتري، حتى لا يضر بالمشتري، أي أن البائع ملزم بعدم المنافسة كما أنه يمتنع على العامل إفشاء الأسرار التي يطلع عليها بمناسبة العمل.

ويمكن أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل، هو الالتزام الرئيسي في العقد، ويرى بعض الشراح أن عقد الصلح هو أحسن مثال على ذلك[1] إذ أن محل الالتزام الرئيسي فيه هو النزول عن الحق في الدعوى، أي أن التزام كل من الطرفين بعدم الالتجاء إلى القضاء أمر ضروري لاعتبار الوضع المتنازع عليه قد زال.

ويجب أن تتوافر في الأعمال محل الحق الشخصي، سواء كانت أعمال إيجابية أو سلبية، الشروط التالية وهي: شرط الامكان، وشرط التعيين، وشرط المشروعية.

ويقصد بالامكان أن يكون المحل ليس مستحيلا، والاستحالة على نوعين، استحالة مطلقة، واستحالة نسبية.

فالاستحالة المطلقة أو الموضوعية هي تلك الاستحالة المادية أو القانونية التي تجعل من أداء الالتزام ضربا من ضروب الخيال بالنسبة للكافة، كالتزام المحامي بالاستئناف رغم فوات الميعاد، أو الالتزام ببيع شيء تهدم أو هلك، وهذه الاستحالة تجعل التصرف باطلا.

أما الاستحالة النسبية أو الشخصية هي تلك الاستحالة التي تجعل أداء الالتزام المتفق عليه ضربا من ضروب الخيال بالنسبة للمدين فقط، مثل التزام شخص باعداد

1- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت 1982، ص 532.

لوحة فنية رغم أنه ليس فنانا، فالامر مستحيل بالنسبة للمدين لجهله أصول فن الرسم.

وهذه الاستحالة لا تمنع قيام الالتزام صحيحا مستوفيا لشرط الامكان، مع التزام المدين بتعويض دائنه عن عدم تنفيذ الالتزام.

كما يشترط في المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، فيجب أن يكون معينا بذاته تعيينا نافيا للجهالة أو على الأقل أن يكون قابلا للتعيين، وإذا كان الشيء مثليا وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره.

وأخيرا يشترط أن يكون مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كالالتزام بارتكاب جريمة، فهو باطلا لمخالفته للنظام العام، وكذلك الالتزام بتوريد المخدرات فهو باطلا أيضا.

المبحث الثاني
محل الحق العيني

تجب التفرقة بين الشيء والمال، إذ كثيرا ما يقع الخلط بينهما.

فالمال "Le Bien" هو كل حق مالي سواء كان حقا شخصيا أو عينيا أو ذهنيا، وبالتالي فهناك أموال لا تعتبر أشياء. أما الشيء فهو الكائن في حيز ما من الطبيعة، وإذا دخل في دائرة التعامل فانه يصبح محلا للعلاقات القانونية ويتخذ وصف المال.[1]

ولهذا فهناك أشياء لا يمكن إعتبارها أمولا كالاشياء غير القابلة للتعامل فيها بطبيعتها كالهواء، والضوء وماء البحر[2] وأشياء أخرى تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون، وفي هذا الصدد تنص المادة 2/682 مدني على ما يلي: « والأشياء التي

1- الصراف وحزبون : المرجع السابق، ص 185.
عبد الودود يحي : مبادئ القانون، دار النهضة العربية 1986، ص 316.
2- Carbonnier : Droit civil, les biens, Tome 3, P U F, Paris 1983, P 69 - 70.

رج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما
رجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز[1] القانون أن تكون محلا للحقوق المالية. »

ويمكن تقسيم الأشياء محل الحق العيني من حيث طبيعتها، ومن حيث قابليتها
عامل فيها، ومن حيث طريقة إستعمالها، وفيما يلي نتناول هذه التقسيمات.

أولا : تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها

تقسم الأشياء من حيث طبيعتها إلى أشياء ثابتة (العقارات) وإلى أشياء
ولة، ولقد نصت المادة 683 مدني على ما يلي: « كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه
يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. »

أ - العقارات

وتنقسم العقارات إلى عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص.

ويعتبر عقارا بطبيعته كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله من دون
ف، كالأراضي والمباني.

أما العقارات بالتخصيص، فهي منقولات في الأصل ولكنها خصصت لخدمة
قار أو لاستغلاله، كالمواشي والآلات، والمفروشات، من المنقولات التي تخصص لخدمة
قار.

شروط إعتبار المنقول عقارا بالتخصيص

يشترط لاعتبار المنقول، عقارا بالتخصيص ما يلي :

1- يجب أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد : وعلى ذلك لا تعتبر
عقارات بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة للمستأجر، ولقد اشترطت المادة 2/683

1- لقد أسقط النص العربي للمادة 2/682 كلمة (لا) والصحيح هو « ... التي لا يجيز القانون ... »
والنص الفرنسي جاء صحيحا : « ... ne peuvent faire l'objet de droit patrimoniaux ... »

صراحة إذ نصت على ما يلي: « غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص. »

2- يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار ولاستغلاله : ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضروريا، بل يكفي أن يكون التخصيص لفائدة العقار، كما لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة، إذ يصح أن يكون مؤقتا لفترة من الزمن.

ويهدف المشرع من إعتبار بعض المنقولات، عقارات بالتخصيص إلى ضمان استغلال العقارات استغلالا جيدا، فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن العقار، ويلحق العقار بالتخصيص، العقار الطبيعي من حيث التصرف فيه ورهنه.

وتجدر ملاحظة أن إعتبار المنقول عقارا بالتخصيص، حكم لا يتعلق بالنظام العام، إذ هو مقرر لمصلحة مالك العقار، ويجوز له التنازل عن الحماية التي قررها له القانون، كما يجوز له أن يترك لدائنيه إجراء الحجز على المنقولات منفصلة عن العقارات التي كانت ملحقة بها، كما يستطيع المالك بارادته إزالة صفة العقار بالتخصيص عن المنقول وذلك بانهاء هذا التخصيص.

ب - المنقولات

المنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وقد تكون المنقولات بطبيعتها، مادية أو معنوية كالإسم التجاري، وأفكار المؤلفين، كما أن هناك منقولات بحسب المآل وهي عقارات في الأصل متصلة بالأرض، لكن القانون ينظر إليها باعتبار ما ستئول إليه، إذ أنها ستصبح منقولات في وقت قريب مثال المباني المقرر هدمها، أو الأشجار التي يراد قطعها، وكذلك الثمار والمحصولات قبل نضجها، ولابد أن تتجه إرادة المتعاملين في العقار إلى فصله عن أصله فيصبح منقولا وتسري عليه أحكام المنقولات.

جـ - أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

تكمن أهمية هذا التقسيم في :

1- إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات، كالرهن الرسمي، وحق الإختصاص، وحق الارتفاق وحق السكن.

2- تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد وملكية المعين بنوعه بعد الإفراز، أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة العقارية.

3- كل التصرفات الواردة على العقار يجب أن تحرر في شكل رسمي أي يجب تحريرها من طرف ضابط عمومي مختص (المادة 324 مكرر 1 مدني) أي أنها عقود شكلية.

أما التصرفات الواردة على المنقولات فهي في الأصل تصرفات رضائية.

4- الشفعة ترد على العقار دون المنقول، وهي رخصة تجيز للشريك أو المستأجر[1] من شخص معنوي الحلول محل مشتري العقار.

5- دعاوى الحيازة خاصة بالعقارات دون المنقولات.

6- قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات أما العقارات فتكتسب بالتقادم القصير أو الطويل.

7- يكون النظر في الدعاوى العقارية من إختصاص المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار، بينما في المنقول يكون الإختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول.

1- للمستأجر من الشخص المعنوي حق الشفعة، إذا أراد الشخص المعنوي بيع العقار لغير المستأجر، ولقد نصت المادة 23 من المرسوم التشريعي 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، على ما يلي: « إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها، أجزاء، يستفيد الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه ... »

8- الطعن بالغبن يكون بصفة خاصة في التصرفات الواردة على العقارات.

9- وبصفة عامة، فان المشرع يقيد ويحمي التصرفات الواردة على العقارات أكثر من تلك الواردة على المنقولات.

ويلاحظ أن تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ليس خاصا بها فقط إذ أن الحقوق كذلك تقسم إلى عقارية وأموال منقولة وفي هذا الصدد تنص المادة 684 [1] مدني على ما يلي : « يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية... »

وعلى هذا تعتبر أموالا عقارية كل الحقوق العينية التي تقع على عقار سواء كانت حقوقا أصلية أو جزئية أو تبعية وماعداها تعتبر أموالا منقولة. وتشمل جميع الحقوق العينية الواردة على المنقول، كما تعتبر الحقوق الأدبية والشخصية أموالا منقولة، لا لتوافر خصائص المنقول فيها ولكن لأن المشرع عرف الأموال العقارية، واعتبر ما عداها منقولا، لذلك وجب اعتبار الأشياء غير المادية منقولات مثل المنقولات المعنوية، والأفكار، والإختراعات، والعلامات التجارية.[2]

إن إعطاء وصف المنقول للسندات لحاملها وللحقوق الشخصية والحقوق الأدبية، وللحقوق الأدبية الواردة على المحلات التجارية، يؤدي إلى تشكيل الحقوق العينية المنقولة ثروة حقيقية لا تقل أهمية عن العقارات، مما يحتم إعادة النظر في التصنيف وإعطاء المنقول حماية مثل حماية العقار.[3]

ثانيا : تقسيم الأشياء من حيث قابلية التعامل فيها

تنص المادة 682 مدني على ما يلي: « كل شيء غير خارج عن التعامل

1- سقطت الفقرة الثانية من النص العربي للمادة 684، راجع النص الفرنسي ذكرت فيه هذه الفقرة: "Tous les autres droits patrimoniaux sont des biens meubles"

2- رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 390.

3- Mazeaud [illegible] P 238.

بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.»[1]

تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم طبيعتها، كالأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء والشمس، وإذا كانت هذه الأشياء لا تصلح للاستئثار بها في مجموعها، فان من المتصور والممكن الاستيلاء على مقادير محدودة منها، وتصلح أن تكون محلا للحق في حدود هذا الاستئثار[2] مثال ذلك الاستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية كماء المطر لتحويله إلى ماء صالح للشرب، وماء البحر لتحويله إلى ملح.

أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون فقد يرجع سبب إخراجها من دائرة التعامل إلى تخصيصها للمنفعة العامة، والتعامل فيها يتنافى مع هذا التخصيص، كالأشياء العامة، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، وهذا ما نصت عليه المادة 689 مدني جزائري بقولها: « لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها، أو تملكها بالتقادم ...»

ويشترط أن يكون الشيء مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص الإعتبارية العامة،وأن يكون قد خصص للمنفعة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 688 مدني: «تعتبر أموالا للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة، أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري، أو لمؤسسة إشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلة في نطاق الثورة الزراعية.»

1- سبق إبراز النقص الوارد في النص.

رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 376.

2- Marty et Raynaud : Op cit, P 476 - 477.

كما قد يكون الخروج عن دائرة التعامل راجعا لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، ولقد نصت المادة 96 مدني على ما يلي: « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا.» فالتعامل في المواد المخدرة غير جائز لمخالفته للنظام العام.

ثالثا : تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها

تقسم الأشياء بالنظر إلى طريقة استعمالها إلى :

1- أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك.

2- الأشياء المثلية والأشياء القيمية.

3- الثمار والمنتجات.

وفيما يلي نتناول هذه التقسيمات المختلفة.

أ ـ الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

تنص المادة 685 مدني على ما يلي : «الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو انفاقها.

ويعتبر قابلا للاستهلاك كل شيء يكون جزءا من المحل التجاري وهو معد للبيع.»

فالأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها وانفاقها.

واستهلاكها قد يكون ماديا أو قانونيا.

ويؤدي الإستهلاك المادي، في حالة الانتفاع بالشيء إلى هلاك أو نفاذ مادته، كمن يأكل شيئا أو يشرب شربا . أما الاستهلاك القانوني فهو يتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دون أن يؤدي ذلك إلى هلاكه ماديا كانفاق النقود مثلا.

أما الاشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك وتنفذ، مثالها المنازل، الكتب. وتقسيم الأشياء إلى أشياء تستهلك وأشياء لا تستهلك يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها، فمنها ما يتحمل تكرار الاستعمال، ومنها ما لا يتحمل ذلك، غير أن إرادة الإنسان تستطيع التعديل من هذا التقسيم بجعل الشيء القابل للاستعمال المتكرر شيئا قابلا للإستهلاك وذلك عن طريق تخصيصه، فكثرا من السلع تقبل الإستعمال المتكرر إلا أن عرضها للبيع يحولها إلى أشياء غير قابلة للاستعمال المتكرر، إذ تستهلك هذه الأشياء إستهلاكا قانونيا.

ومن جهة أخرى فالفواكه والنقود أشياء قابلة للاستهلاك بطبيعتها لكنها تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعدت للعرض في معرض.

وتكمن أهمية هذا التقسيم في أن بعض العقود لا ترد إلا على الأشياء القابلة للإستهلاك، وبعض العقود الأخرى لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

1- هناك عقود لا يمكن أن يكون محلها إلا أشياء غير قابلة للاستهلاك، مثل الانتفاع بشيء لمدة معينة، وكذلك الإيجار والعارية، فالمستأجر والمستعير يستعمل كل منهما شيئا مملوكا للغير، على أن يرده لصاحبه بعد مدة معينة، وكذلك حق الانتفاع، إذ المنتفع ينتفع بالشيء مدة معينة على أن يرده لمالكه، إلا أنه إذا كانت الأموال المنتفع بها قابلة للاستهلاك فيتحول حق الانتفاع إلى شبه حق الانتفاع.(1)

2- كما أن هناك بعض عقود لا يتصور أن ترد إلا على الأشياء القابلة للاستهلاك، ففي عارية الاستهلاك يأخذ الشخص من الآخر شيئا لينفع به عن طريق استهلاكه، فمن يستعير كمية من السكر، فهو لا يلتزم برد عين الشيء الذي استعاره إلا انتفت الفائدة من هذه الإعارة، ففي عقد القرض الاستهلاكي، يستعمل المقترض النقود المقترضة على أن يرد نفس المقدار، فهو يرد إذن نفس المقدار وليس النقود التي اقترضها ذاتها.

1- Carbonnier : Op cit, tome 3, les biens, P 82.

ب ـ الأشياء المثلية والاشياء القيمية

تنص المادة 686 مدني على ما يلي: « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس، أو الكيل، أو الوزن. »

فالأشياء المثلية أو المعنية بالنوع هي التي تقوم مقام بعضها البعض، ويقال أن الأشياء المثلية هي عادة تلك التي لا يمكن أن تعين إلا بتعيين نوعها فيقال مثلا قنطار من القمح متوسط الجودة.

أما الأشياء المعينة بالذات أو القيمية، فهي التي لا يقوم بعضها مقام البعض، إذ لا يمكن أن تتحد في الصفات كالسيارات مثلا والعقارات.

ولا يتوقف اعتبار الأشياء من المثليات أو القيميات على طبيعتها فقط، وإنما لإرادة الأطراف دورا تلعبه في ذلك أيضا فبيع شيء مثلي بيعا جزافا يعتبر بيعا لشيء معين بالذات(1) ، كما أن النقود رغم أنها من المثليات فانها قد تعتبر من الأشياء القيمية في حالة استعارتها لعرضها في معرض مدة معينة ترد بعدها(2).

كما أن صانع السيارات إذا باع سيارة من الطراز المتوفر في السنة الجارية، فيكون ملزما بتقديم أية سيارة من هذا الطراز، ويعتبر بيع الشيء مثلي رغم أن السيارة في الأصل تعتبر شيئا قيميا.(3)

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم تدخل إرادة الأطراف في تحديد طبيعة بعض الأشياء في حالات معينة إلا أن هناك أشياء تعتبر دائما من المثليات، وهي الأشياء التي تباع بالكيل، أوالعدد، أو الوزن، فمن يتعاقد مثلا على شراء ألف طن من القمح الممتاز لا

1- Mazeaud : Op cit, P 263.

2- Carbonnier ; Op cit, tome 3, les biens, P 84.

عبد الودود يحي : المرجع السابق، ص 322.

3- Mazeaud : Op cit, P 264.

كنه الرفض إذا قدمت له هذه الكمية من النوع المتفق عليه بحجة أنه ليس هذا هو بيع المتفق عليه.

وتتجلى أهمية هذا التقسيم في :

1- من حيث إنتقال الملكية : فاذا كان الشيء مثليا أي معينا بالنوع فان لكيته لا تنتقل إلا بعد الافراز، أما إذا كان معينا بالذات فان ملكيته تنتقل بمجرد عقاد العقد، دون حاجة لأي إجراء.

2- من حيث استحالة التنفيذ : إذا كان الشيء معينا بالذات وهلك بسبب جنبي لايد للمدين فيه، برئت ذمته من الالتزام.

أما إذا كان المبيع معينا بالنوع وهلك، فلا يتحلل البائع من التزامه، لأن ثليات لا تهلك، فهي تقوم مقام بعضها فيجب على البائع تنفيذ التزامه بشيء من س الشيء المبيع الهالك.

3- من حيث الوفاء : إذا كان محل الالتزام شيئا قيميا، فالوفاء بالالتزام يتم عطاء نفس الشيء المتفق عليه في العقد ولا يجبر الدائن على قبول غيره.

أما إذا كان محل الالتزام مثليا، فان المدين يبرأ من التزامه إذا هو أدى أو قدم يئا من نفس النوع وبالقدر وبالصفة المتفق عليها في العقد.

من حيث إجراء المقاصة : فلا تتحقق المقاصة القانونية بين التزامين إلا إذا كان حلهما شيئا مثليا متحدا في النوع والجودة، فمثلا إذا كان شخصان الأول مدين ثاني بتسليم سيارة معينة والثاني مدين للأول بتسليم عقار بنفس قيمة السيارة، فان قاصة لا تتم بين الالتزامين.

ويلاحظ أنه غالبا ما تعتبرالأشياء المثلية قابلة للاستهلاك أما الأشياء المعينة لذات فتعتبر غير قابلة للاستهلاك، إلا أنه قد يحدث أن يكون الشيء معينا بنوعه

ولكنه يكون غير قابل للإستهلاك، كالأدوات الصناعية مثلا والآلات وجميع الأشياء المصنوعة بالسلسلة "Les Choses fabriquées en série ".

كما أنه قد يحدث أن يكون الشيء قابلا للإستهلاك رغم أنه معين بذاته، كالثمار التي لا يوجد مثلها "Exceptionnel" مثال ذلك مشروب أصبح نادرا وفريدا من نوعه.(1)

ويلاحظ أن هذه مسألة راجعة إلى تدخل إرادة الإنسان في تحويل الأشياء.

جـ - الأشياء المثمرة والأشياء غير المثمرة

تكون الأشياء مثمرة إذا كانت تنتج عنها ثمار، والثمار هي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية ومتجددة، ولا يؤدي فصلها عن الشيء إلى الإنقاص من قيمته.

والثمار إما أن تكون طبيعية تتولد عن الشيء تلقائيا دون تدخل الإنسان، ويكون ذلك بفضل الطبيعة، كالأعشاب، وإما أن تكون صناعية أو مستحدثة بتدخل الإنسان لاستخراجها من الشيء كالمحصولات الزراعية.

كما قد تكون الثمار مدنية وهي المبالغ النقدية المستحقة مقابل الاستغلال أو الانتفاع بالشيء مثل الأجر وفوائد رؤوس الأموال.(2)

وإلى جانب الثمار توجد المنتجات وهي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية وغير متجددة، ويؤدي فصلها إلى الإنقاص من أصل الشيء، كالمعادن، والأشجار، فاستخراج المعادن أو قطع الأشجار ينقص من قيمة الأرض، إذن فالأشياء غير المثمرة هي تلك التي لا تتولد عنها ثمار.

1- Marty et Raynaud : Op cit, introduction, P 481.

2- زواوي فريدة : الحيازة والتقادم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية 1996، ص 156.

ونبرز أهمية التفرقة فيما يلي :

1- إذا تقرر حق انتفاع على العين، فان الثمار تكون من حق المنتفع، أما المنتجات فهي ملك للمالك فقط،[1] لأنها تعتبر جزءا من العين ويؤدي إنفصالها إلى الانتقاص من أصل الشيء، لذا فهي تعود إلى المالك لا إلى المنتفع.

2- يكتسب الحائز حسن النية الثمار دون المنتجات، ويرجع سبب كسب الحائز حسن النية للثمار لاعتبارات عادلة، وهي أن الحائز حسن النية يعتقد أن الثمار ملكا له وهو غالبا ما يستهلكها يوميا، أما سبب احتفاظه بما قبضه من الثمار التي لم يستهلكها بعد، فيرجع إلى أن الحائز حسن النية أولى بالرعاية من المالك المهمل، لأن هذا الحائز بذل جهدا في سبيل الحصول على هذه الثمار بينما المالك وقف موقفا سلبيا، ويعتبر مقصرا لأنه ترك العين في حيازة الغير (الحائز) مدة معينة من الزمن، هذا إلى جانب أن الثمار دورية ومتجددة، ولا يضر المالك فقدها في الفترة التي كانت فيها العين في يد حائز حسن النية.[2]

وتعتبر إدارة أموال القاصر في ثمار الشيء عملا من أعمال الإدارة، بينما يعتبر التصرف في المنتجات عملا من أعمال التصرف أي تصرفا قانونيا[3] لأن التصرف فيها يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء.

1- Mazeaud : Op cit, P 260.

2- زواوي فريدة : الحيازة والتقادم المكسب ،المرجع السابق، ص 157.

3- Carbonnier : Op cit, Tome 3, les biens, P 95.

الفصل الثالث

مصدر الحق

الحق ينشأ إما عن واقعة قانونية وإما عن تصرف قانوني، وفيما يلي نتعرض للواقعة القانونية كمصدر للحق، ثم للتصرف القانوني.

المبحث الأول

الواقعة القانونية

هي أمر يحدث، فيرتب عليه القانون أثرا معينا، وقد يكون هذا الأمر هو نشوء حق، أو انقضائه، أو نقله، فالواقعة القانونية ليست فقط مصدرا للحق وإنما قد تكون سببا لانقضائه أو نقله والوقائع القانونية تحدث إما بفعل الطبيعة إما بفعل الإنسان، لذلك تنقسم إلى وقائع طبيعية، ووقائع من فعل الإنسان أو الأعمال المادية.

أولا : الوقائع الطبيعية

هي الوقائع التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، كالظواهر الطبيعية التي يترتب عليها حلول أجل الدين، كما قد يترتب عليها إعفاء المدين من التزامه لاستحالة الوفاء، كما في حالة الحوادث الفجائية مثلا.

ويعتبر من الوقائع الطبيعية كل ما هو من فعل الجماد أو النبات أو الحيوان، فنتاج المواشي ينشئ حقوقا لمالكها، وكذلك الفيضان قد يحدث طميا يضيف جزءا، فيتملكه صاحب الأرض التي أضيف لها هذا الجزء الجديد نتيجة التصاقه بأرضه.

ويلحق الوقائع الطبيعية، الوقائع التي تتصل بالإنسان كواقعة الميلاد، إذ بها تبدأ الشخصية القانونية، وبها يثبت النسب، وكذلك واقعة الوفاة، إذ بتحققها يثبت

حق الورثة في الميراث وليس للإنسان دخل في الحقوق الناشئة عن هذه الوقائع، لذا يقال ن القانون هو مصدر هذه الحقوق «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص التي أنشأتها» كالميراث، فانه يترتب على واقعة الوفاة فيمكن القول بأن القانون هو مصدر هذا الحق.

ثانيا : الوقائع التي هي من فعل الإنسان أو الأعمال المادية

هي الأعمال التي تصدر من الشخص، فيرتب عليها القانون آثاره، و من هذه لأعمال ما يقع من الشخص دون أن يقصد ذلك، كالفعل الضار، فاتلاف الشخص مالا ملوكا للغير أو صدم غيره بسيارته، واقعة مادية غير مقصودة عادة يرتب عليها القانون أثرا معينا وهو التعويض.

وقد تكون مقصودة أحيانا، أي تكون الأعمال المادية أعمالا إرادية ولكن لا تتوفر فيها جميع عناصر التصرف القانوني، فالعمل غير المشروع قد يكون عملا غير عمدي نتيجة إهمال الشخص، وقد يكون الخطأ، خطأ عمديا قصده صاحبه، ولكن القانون يرتب الآثار بالنظر إلى الخطأ وما ترتب عليه من ضرر، إذ يقع على عاتق الشخص التزام سلبي، وهو عدم الاضرار بالغير، وإذا انحرف الشخص عن هذا السلوك كان مخطئا فتقوم مسئوليته التقصيرية وهذا ما تضمنته المادة 124 مدني.

ويلزم الشخص بالتعويض عن الضرر الذي الحقه بالغير، فالمكلف بالرقابة مسئول عن تعويض الضرر الذي يحدثه الشخص الموضوع تحت رقابته (المادة 134 مدني).

كما أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه متى وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، وهذا ما نصت عليه المادة 136 مدني .

وكذلك يعتبر حارس الأشياء مسئولا عن الضرر التي تحدثه الأشياء التي تكون تحت حراسته.

وكذلك يعتبر مالك البناء مسئولا عن تعويض الضرر إذا تهدم البناء وألحق ضررا بالغير.

فهذه كلها أعمال مادية يرتب عليها القانون آثارا قانونية منها مسئولية الشخص المدنية، ويرتب القانون هذه الآثار معتدا بالعمل المادي وحده، وقد يصدر هذا العمل من الشخص نفسه، كما في حالة المسئولية عن العمل الشخصي، كما قد يصدر عن الغير أو عن الشيء.

وقد تكون الأعمال المادية أعمالا نافعة كالإثراء بلا سبب والفضالة ودفع غير المستحق.

- فالاثراء بلا سبب:هو إثراء شخص على حساب شخص آخر دون أن يكون هناك سبب لإثراء المثري، وذلك كقيام المستأجر باصلاحات في العين المؤجرة، فاذا اختار المؤجر استبقائها، وجب عليه تعويض المستأجر عما انفقه لأنه إذا أحتفظ بها المؤجر دون تعويض اعتبر هذا إثراءا بلا سبب ، وقد عالج المشرع أحكام الإثراء في المادتين 141 و 142 مدني.

ويرتب القانون على هذا العمل المادي، - إثراء المثري على حساب المفتقر - آثارا قانونية وهي وجوب أن يعوض المثري المفتقر بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء.[1]

- الفضالة:هي أن يتولى شخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك، وهذا ما تضمنته المادة 150 مدني[2].

1- يرى الأستاذ علي علي سليمان أنه لو أخذنا بحكم القانون الجزائري لأدى هذا إلى إثراء المفتقر على حساب المثري إذا كان ما أثري به المثري تزيد قيمته عن قيمة ما افتقربه المفتقر، لهذا يجب أن يلزم المثري برد أقل القيمتين، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1990، ص 239 - 240.

2- يلاحظ أن نص المادة 150 مدني لم يذكر شرط " الاستعجال ".

إذن يشترط في الفضولي أن يقوم بعمل عاجل لحساب الغير ولم ينص المشرع على أن يكون العمل عاجلا، ويستوي أن يكون عمل الفضولي عملا ماديا كاصلاح جدار آيل للسقوط أو جني ثمار من أرض زراعية، أو أن يكون تصرفا قانونيا كبيع محاصيل على وشك التلف.

وقد يقوم الفضولي بعمل لنفسه، ويتولى في نفس الوقت شأن غيره لما يوجد من ارتباط بينهما، إلا أن الأمر يظل فضالة ما دام الفضولي قد قصد مصلحة الغير، وتنص المادة 151 مدني على ما يلي: «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر.»

ويشترط أيضا ألا يكون الفضولي ملزما بالعمل، بل يقوم به متطوعا، لأنه لو كان ملزما بالقيام بالعمل بناءا على طلب رب العمل نفسه فيكون وكيلا وليس فضوليا.

وتعتبر الفضالة تطبيقا خاصا للاثراء بلا سبب، لأن الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير، ولكن يبقى الفرق بينهما جوهريا، إذ الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير وهو قاصد ذلك، بينما لا يلزم في الإثراء بلا سبب أن يقصد المفتقر تحقيق عمل لحساب الغير.[1]

وإذا تحققت شروط الفضالة يكون رب العمل ملزما بجميع التعهدات التي قام بها الفضولي كما يكون ملزما بتعويض الفضولي عنها، كما يجب أن يرد للفضولي كل ما أنفقه من نفقات ضرورية ونافعة، وتعويضه عن الضرر الذي لحقه وهذا ما تضمنته المادة 157 مدني.

وتتحقق هذه الآثار بالنظر إلى العمل ذاته الذي يقوم به الفضولي، فلا يكون لنيته أثر في ترتيب هذه الآثار.

1- زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 252 - 253.

- دفع غير المستحق : إذا قام شخص بالوفاء لشخص آخر ظانا أنه مدين له، وتبين غير ذلك ، أي أنه ليس لمن قبض ما دفع له الحق فيه، فانه يجب عليه رد ما ليس مستحقا له، وهذا ما تضمنته المادة 1/143 مدني، التي تنص على ما يلي: « كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده.»

- الحيازة : هي وضع يد على عقار أو منقول، ويترتب القانون على هذا العمل المادي آثار تتمثل في حماية حيازة العقار بدعاوى الحيازة، وحماية حيازة المنقول بحسن نية إذ يترتب عليها كسب ملكية المنقول، وكذلك إسقاط التكاليف عنه كما يترتب على الحيازة أيضا كسب الحائز حسن النية الثمار.

أما اكتساب ملكية العقار فلا تترتب على حيازته وحدها بل لابد أن تقترن حيازة العقار بمدة معينة وهي مدة التقادم المتطلبة لكسب ملكية العقار، فاذا كان الحائز حسن النية وكان له سند صحيح اكتسب ملكية العقار بالتقادم القصير (10 سنوات) أما إذا كان الحائز سيء النية أو لم يكن بيده سند صحيح فلا يكتسب الملكية إلا بعد مرور 15 سنة (تقادم طويل) .

مع ملاحظة أن نظام الشهر العيني يحد من اكتساب ملكية العقارات بالتقادم، إذ الحق المشهر يكون نافذا في مواجهة الكافة.

المبحث الثاني
التصرف القانوني

هو أن تتجه الإرادة إلى احداث أثر قانوني معين ولا بد أن تتوافر النية، فالنية هي استهداف غاية، إذ أن الشخص يعمل على تحقيق آثار قانونية، أو على الأقل على تحقيق آثار التصرف في صورتها المألوفة عنده بحسب ممارسته اليومية.[1] وهذا هو

1- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 242، إذ يرى أنه قد يكون الشخص جاهلا للآثار التي يرتبها القانون على التصرف ولكنه يستهدف آثار قانونية يتمثلها في صورتها العملية أو الإقتصادية المألوفة بالنسبة له في أعماله.

جوهر التفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني إذ أنه قد تتوفر النية في الواقعة القانونية إلا أن القانون يرتب الآثار دون الاعتداد بها، بينما التصرف القانوني هو إتجاه الإرادة إلى ترتيب آثار قانونية يقصدها الأشخاص أي توافر النية ويعتد القانون بها.

ويلاحظ أن جل المؤلفين العرب يعتبرون الاستيلاء - وهو وضع اليد بنية التملك- واقعة مادية[1] والحقيقة هي أن الاستيلاء على منقول ليس له مالك يكسبه الملكية متى كانت للشخص نية التملك، فالحيازة المادية لا تكفي لكسب الملكية، ولن يكون لمن استولى على هذا الشيء دون أن تكون لديه نية التملك أي سبب معقول يرد به محاولة من يريد انتزاعه منه، بل أن مجرد منع هذه المحاولة تعبر عن نيته الواضحة في تملك هذا الشيء، ولهذا فانه يصدق وصف التصرف القانوني على الاستيلاء.

أولا : أنواع التصرفات القانونية

تتعدد التصرفات القانونية بتنوع موضوعها، وسأذكر بعضها فقط.

- التصرف الصادر من جانبين والتصرف الصادر من جانب واحد.

قد يكون التصرف القانوني تصرفا صادرا عن جانبين لابد فيه من تطابق إرادتي طرفيه كالبيع، والإيجار، كما قد يكون تصرفا صادرا من جانب واحد كالوصية، إذ تتم بارادة الموصى وحدها، وكذلك الابراء ...

- التصرف المنشئ للحق والتصرف الناقل للحق، والتصرف الكاشف للحق

وقد يكون التصرف القانوني منشئ للحق، كعقد الزواج أو كحق الانتفاع أو حق الارتفاق.

1- د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 9، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، 1968، ص 6 - 7.
جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص 353.

والتصرف المنشئ هو التصرف الذي ينشئ الحق ابتداءا أي ينشئ حقا جديدا، فعقد الزواج ينشئ حقوقا بين الزوجين لم تكن موجودة من قبل.

وقد يكون التصرف القانوني ناقلا للحق، فالحق يكون موجودا عند شخص سمي السلف وينقله التصرف القانوني إلى شخص آخر يدعى الخلف، و من التصرفات الناقلة للحق، عقد البيع وعقد المقايضة وعقد الهبة ... وهذه التصرفات تنقل الحق العيني.

كما أنه يمكن أن ينقل الحق الشخصي كذلك عن طريق حوالة الحق.

وقد يكون التصرف القانوني كاشفا أو مقررا للحق كالقسمة مثلا والصلح، فالتصرف الكاشف لا ينشئ حقا ولكنه يقرره فقط، مثل الصلح، فهو لا يكسب الحق ولكنه يقرر حقا كان موجودا من قبل، ويجب ألا يفهم من هذا أن التصرف الكاشف لا يعتبر من التصرفات القانونية، فالتصرف القانوني هو إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، والتصرف الكاشف ما هو إلا تعديل للعلاقات القانونية القائمة عن طريق إقرار حق كان موجودا من قبل.

- التصرفات بين الأحياء ، والتصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة

وقد يكون التصرف القانوني من التصرفات التي تنفذ بين الأحياء كالبيع والإيجار كما أن هناك تصرفات لا يمكن تنفيذها بين الأحياء، وإنما لا تنفذ إلا بعد وفاة المتصرف، فهي تصرفات مضافة إلى ما بعد الوفاة كالوصية والتأمين على الحياة لحساب الغير.

- التصرفات بمعاوضة والتصرفات التبرعية

كما قد تكون التصرفات القانونية تصرفات بمعاوضة أو عن طريق التبرع.

فالتصرفات بعوض يتلقى فيها كل من الطرفين عوضا عما أداه، فالبائع مثلا

يتلقى الثمن عوضا عن الملكية، والمشتري يتلقى الملكية عوضا عن الثمن الذي دفعه.

أما التصرفات التي تتم تبرعا، فلا يتلقى فيها المتصرف عوضا مقابل ما أداه، كعقد الهبة بدون عوض، والوصية، ونظرا لخطورة التصرفات التبرعية فانه يشترط في المتبرع أهلية التبرع، ويسود نظرية التصرف القانوني، مبدأ سلطان الإرادة، وأساسه أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء التصرف القانوني وتحديد أثاره. فالشخص يلتزم لأنه أراد الالتزام ، كما أنه يلتزم بالقدر الذي يرده فقط.

ومبدأ سلطان الإرادة يرتكز على أساسين وهما الشكل والموضوع.

فمن حيث الشكل فان مبدأ الرضائية هو الذي يحكم مبدأ سلطان الإرادة أي أن التعبير عن الإرادة يتم بأية صورة كانت دون التقيد بشكليات معينة.

و من حيث الموضوع فان مبدأ سلطان الإرادة يتركز على مبدأ حرية التعاقد، أي أن الشخص حر في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإن تعاقد فهو حر في تحديد مضمون العقد، إلا أن هناك قيودا أصبحت ترد على هذا المبدأ أو تحد من نطاقه، كالشكلية في تكوين بعض التصرفات، إذ يشترط المشرع الرسمية في كافة التصرفات الواردة على العقار.

وكذلك الترخيص أو الإذن بانشاء بعض الشركات كشركة المساهمة، فالترخيص يعد كذلك قيدا على مبدأ سلطان الإرادة.

ويعتبر كذلك قيدا على مبدأ سلطان الإرادة، تدخل الدولة لتنظيم بعض العقود، وكذلك تدخلها لتحديد الأسعار.

وبصفة عامة، فان مبدأ سلطان الإرادة يتقيد باعتبارات تتعلق بالصالح العام، ذلك أن حرية الإرادة، في تنظيم آثار التصرف القانوني محدودة بدائرة النظام العام والآداب العامة.

كما أن الدولة تدخلت في بعض العقود وفرضتها بصفة إلزامية، كالزامية عقد التأمين على السيارات مما يجعل دور الإرادة محدودا جدا إن لم نقل منعدما في هذا المجال.

هذا ويلاحظ أن تدخل الدولة بقواعد آمرة لتنظيم مجالات معينة في تزايد مستمر، مما يؤدي إلى التضييق من نطاق مبدأ سلطان الإرادة.

ثانيا : شروط التصرف القانوني

لكي يوجد التصرف القانوني، وينتج آثاره يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي، وفيما يلي نتعرض للشروط الموضوعية ثم للشروط الشكلية.

أ - الشروط الموضوعية

تلعب الإرادة دورا فعالا في وجود التصرف القانوني، لذا يجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته، وإن يظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد، ويتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة وقد يكون التعبير ضمنيا، كما يجب أن تكون إرادة الشخص إرادة سلمية، صادرة من ذي أهلية، وبالنسبة للأهلية فالأمر يختلف باختلاف التصرف، ففي التبرعات مثلا يشترط في المتبرع أن يكون أهلا للتبرع أي أن تكون له أهلية التبرع، وهي أن يكون الشخص كامل الأهلية، وغير مصاب بعارض من عوارض الأهلية، ذلك لأن التبرعات، تصرفات ضارة ضررا محضا بالمتبرع، مثالها الهبة.

أما إذا كان التصرف يدور بين النفع والضرر كعقد البيع مثلا، فالتصرف يكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، ويكون باطلا إذا كان صادرا من عديم الأهلية.[1]

1- سبق أن تعرضت لهذه المسألة بالتفصيل اللازم في موضوع الأهلية كميزة من مميزات الشخص الطبيعي.

ولا يكفي أن تكون الإرادة موجودة وصادرة من ذي أهلية وإنما يجب كذلك أن تكون خالية من العيوب، وعيوب الإرادة[1] هي :

- الغلط وهو توهم يصور للعاقد أمرا على خلاف الواقع فيحمله بذلك على التعاقد، أو بعبارة أخرى هو وهم يتولد في ذهن المتعاقد يجعله يعتقد الأمر على غير حقيقته. كأن يشتري شخص خاتما معتقدا أنه من ذهب ثم يتضح أنه من مادة أخرى.

وإذا وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد.

ويعتبر الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه ما أتم الغالط العقد.

- التدليس وهو تضليل المتعاقد باستعمال طرق إحتيالية تدفعه إلى التعاقد بحيث لو لا ها لما قبل بالتعاقد ، أو هو إستعمال طرق إحتيالية تدفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد.

ويجوز للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين بقدر معين من الجسامة لولاها لما أبرم العقد

- الإكراه وهو ضغط يقع على المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، أي أن المتعاقد المكره يبرم العقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها في نفسه المتعاقد الآخر دون حق، ويجوز للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد.

- الإستغلال وهو فقدان التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وقيمة ما يأخذه مما يترتب عليه عدم التوازن الإقتصادي للعقد، وذلك نتيجة إستغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أوهوى جامح لدى المتعاقد الآخر.

ويجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد.

ويشترط زيادة على هذا أن يكون محل التصرف ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا.[2]

1-2- تدرس هذه المسائل بالتفصيل اللازم ضمن نظرية الالتزام.

كما أنه يجب أن يكون التصرف يهدف إلى غاية مشروعة فيجب أن يكون سبب التصرف مشروعا، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.[3]

ب - الشروط الشكلية

هناك بعض تصرفات لا تكون صحيحة ولا يعتد بها إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرع أي اشترط تحريرها في الشكل الذي ورد بالقانون.

وإذا كان الأصل أنه يكفي رضا الطرفين لقيام التصرف، إلا أنه حماية للمتعاقدين، اشترط المشرع افراغ بعض العقود في شكل رسمي، وتخلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف بطلانا مطلقا.

وفي هذا الصدد تنص المادة 324 مكرر 1 مدني على ما يلي : «زيادة عن العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل لملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد.»

ثالثا : آثار التصرفات القانونية

يحكم آثار التصرفات القانونية مبدآن، وهما مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ نسبية العقد، وفيما يلي نتعرض لهما بايجاز.

أ - مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين

الأصل أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد آثار التصرف القانوني، فمتى تم

1- تدرس هذه المسائلة بالتفصيل اللازم ضمن نظرية الالتزام.

الإتفاق، وتوافرت الشروط الشكلية والشروط الموضوعية المطلوبة في التصرف فانه لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر، ولقد نصت المادة 106 مدني على ما يلي : « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. »

ويرجع في تفسير العقد وتحديد الآثار الناشئة عنه إلى إرادة المتعاقدين، فهي التي تحدد نطاق التصرف القانوني عموما.

ويلاحظ أن هناك استثناء يقرره القانون، إذ يمنح للقاضي سلطة تعديل العقد، كما هو الحال في الشرط الجزائي ونظرة الميسرة، أوعقود الاذعان ونظرية الظروف الطارئة وتهدف هذه الاستثناءات إلى تحقيق نوع من العدالة.

ب ـ مبدأ نسبية العقد

يقضي هذا المبدأ بأنه لا يمكن الغير أن يكتسب حقا أو أن يحتمل بالتزام من عقد لم يبرمه، فمن البديهي أن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه سواء ابرموا العقد بأنفسهم أو تم بالنيابة عنهم، وتنتقل آثار هذا العقد إلى خلفهم العام إن لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك.

والخلف العام هو الوارث أو الموصى له بجزء شائع من التركة، أي الموصى له بالثلث أو الربع أو الخمس مثلا دون تحديد. وتنتقل للخلف العام الحقوق دون الالتزامات التي تتحملها التركة دون الورثة تطبيقا لمبدأ : لا تركة إلا بعد سداد الدين.

أما الخلف الخاص وهو كل من يخلف الشخص في مال معين كالمشتري أو الموصى له بعين معينة، فتنتقل إليه الحقوق الشخصية الناتجة عن عقد أبرمه سلفه، متى كانت من مستلزمات الحق الذي انتقل إليه أي مكملة له، أما الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف، فلا تلزم الخلف إلا إذا كانت متصلة بالحق الذي

أنتقل إليه وكانت من مستلزماته، ويشترط أن يكون الخلف الخاص عالما بها.[1]

ويبقى مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي عن العقد، فلا يمكن العقد أن يلزم الغير وإن كان من الممكن أن يكسبه حقا كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

1- لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع الرسالة السابق ذكرها بعنوان مبدأ نسبية العقد لصاحبتها زواوي فريدة 45 إلى 48 إذ ترى : أن الالتزام الشخصي لا يمكنه أن يحد من حق عيني وقد يتضرر المتعاقد مع السلف من ذلك خاصة إذا لم يكن في استطاعة السلف تنفيذ الالتزام عينا لاتصاله بالعين المتصرف فيها.

الباب الثالث

إستعمال الحق، حمايته وإثباته

لكي يحمي القانون الحق، يجب أن يستعمل صاحب الحق حقه في الحدود المقررة قانونا دون تجاوز ودون إلحاق ضرر بالغير، ويتطلب القانون لحماية صاحب الحق أن يقوم هذا الأخير باثبات ذلك في غالب الأحيان، كما أن القانون يقيم أحيانا أخرى قرائن تعفي الشخص من الإثبات نهائيا أو تلقي عبء الاثبات على المدعي وسأتعرض في هذا الباب لاستعمال الحق في فصل أول ثم لحماية الحق واثباته في فصل ثانٍ.

الفصل الأول

إستعمال الحق

إن إستعمال الحق مقيد بوظيفة الحق ذاتها، فللحق وظيفة إجتماعية، ولا يحميه القانون إلا إذا استعمل في هذا الإطار، فاستعماله مقيد بعدم الاضرار بالغير، فالقانون لا يحمي الشخص إذا كان متعسفا في إستعمال حقه.

وسأتعرض في هذا الفصل لتطور نظرية التعسف في استعمال الحق، ثم إلى معايير التعسف وجزائه، وفي الأخير إلى أساس التعسف لتحديد نطاقه، أهو مقصور على المسئولية التقصيرية أم يتعد ذلك.

المبحث الأول

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق رفضا من طرف أصحاب المذهب الفردي الذين كانوا لا يقبلون أن يرد على حق المالك في استعماله ملكه أي قيد إلا في حالة واحدة، وهي وجوب عدم مجاوزة المالك حدود حقه.

وقد كان هذا المذهب مسيطر على الفكر القانوني، وكان يرى أن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقا دون قيد، فالقاعدة عند أصحاب هذا المذهب هي أنه لا يمكن أن ينسب للشخص وهو يستعمل حقه أي خطأ.

والحقيقة هي أن الصورة التي تقبلها هذا المذهب، وهي عدم مجاوزة حدود الحق، لا تعتبر تعسفا في استعمال الحق، وإذا استعملها الشخص يدخل في نطاق يمنع عليه

دخوله أصلا[1] فهنا يعتبر العمل خطأ يلزم التعويض، فليس للشخص أن يتجاوز حدود ملكه أو أن يدخل ملكية جاره أو أن يبني عليها أو أن يغرس فيها.

وقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المذهب، ففي بداية القرن 19 كان يعتبر الحقوق مطلقة و من يعمل في حدود حقه لا يسأل مهما كان الضرر الذي يصيب الغير نتيجة ذلك. فللشخص استعمال حقه كيفما شاء ولا يكون مسئولا عن الضرر الذي يلحق الغير.[2]

وكان الفقيه بلانيول يعارض نظرية التعسف في استعمال الحق بشدة ويرى أنها تتناقض مع مضمون الحق إذ متى كان لشخص حق فلا يتصور أن يتعسف فيه وقد ردّ جوسران على بلانيول بقوله : إنك تخلط بين كلمة حق التي تعني Droit subjectif وكلمة Droit التي تعني القانون إذ من المتصور أن يكون للشخص حق موافقا لحق من الحقوق Droit subjectif ومخالفا للقانون في مجموعه، فالتعسف في استعمال الحق يستلزم وجود فعل يدخل في حدود مضمون الحق، فهو مشروع في ذاته وينقلب إلى فعل غير مشروع لانحراف في غرضه أو لأن نتيجته لا تتفق مع الغاية من الحق.

وتطورت فيما بعد نظرية التعسف في استعمال الحق ولقيت تأييدا لدى الفقه والقضاء الفرنسيين عموما، وبعد أن كان القضاء الفرنسي يشترط توافر الخطأ العمدي من طرف المتعسف أي أن يكون قد قصد الاضرار بالغير، فتطور وأصبح يعتبر الفعل تعسفيا كلما ترتب عليه ضرر أصاب الغير ولم تتوفر لصاحب الحق مصلحة من استعماله.[3]

أما الفقهاء المسلمون فقد كانوا لا يؤيدون فكرة التعسف في استعمال الحق، إذ لا يمكن أن يكون الفعل غير مشروع إذا كان نتيجة ممارسة الشخص لحقه وفقا للمقولة :

1- توفيق حسن فرج ويحي مطر : الأصول العامة للقانون، المرجع السابق، ص 334.

2- Marty et Raynaud : Op cit, Introduction; P 302.

3- Mazeaud : Op cit, Tome 2, les obligations, P 454.

«الجواز الشرعي ينافي الضمان»[1] ولكن ما لم لبثت الحال أن تطورت وتوسعت نظرية التعسف في استعمال الحق، وأعطاها فقهاء المسلمين منذ القرن السادس الهجري أوسع تصوير، وكانوا هم الرائدين في هذا المضمار وسبقوا في ذلك الشرائع الغربية إذ لم يقتصروا على صورة تعمد الاضرار بالغير، بل اعتبروا الفعل تعسفا كلما تخلفت المصلحة لدى صاحب الحق، وتجاوز الحدود المألوفة المتعارف عليها، وأهم تطبيقات ذلك مضار الجوار، فلا يتحمل الجار ما جاوز الحد المألوف من مضار الجوار.[2]

المبحث الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق وجزاؤه

أولا : معايير التعسف في إستعمال الحق

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 41 مدني بما يلي: «يعتبر إستعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.»

ويستخلص من هذا النص أن معيار التعسف في استعمال الحق، إما أن يكون معيارا شخصيا وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 41 مدني.

وإما أن يكون معيارا موضوعيا وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة من نفس المادة.

1- Chafik Chehata : Théorie générale de l'obligation en droit Musulman Hanéfite, les sujets de l'obligation , Sirey, Paris 1969, P 162.

2- د.علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 212.

كما يعتبر الضرر الفاحش الذي يلحق بالجار معيارا موضوعيا.

أ - المعيار الشخصي : قصد الاضرار بالغير

يكون الشخص متعسفا إذا قصد الاضرار بالغير، كمن يبني حائطا في ملكه بقصد حجب النور عن جاره دون أن تتحقق له من ذلك أية فائدة، فهذا العمل يعد داخلا في إطار ملكه وإستعمالا لحقه، ولكن إذا تم إثبات توافر قصد الاضرار بالغير اعتبر متعسفا في استعمال حقه وقصد الاضرار بالغير من أظهر صور التعسف في استعمال الحق، فالقانون لا يحمي شخصا قصد من فعله مجرد الاضرار بالغير، ولتحقق هذه الصورة يجب ألا يحقق العمل أية منفعة لصاحبه أو يحقق له منفعة تافهة وفي كلتا الحالتين نستخلص نية الاضرار.

ب - المعيار الموضوعي

1- إذا كان استعمال الحق يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ففي هذه الحالة يعتبر الشخص متعسفا حتى لو كانت له مصلحة في استعمال حقه على وجه معين، وذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، إذ تكون الفائدة قليلة بالنسبة للضرر. كمن يغرس أشجارا عالية لتوفير نوع من الرطوبة، ويحجب بذلك النور عن جاره، ويمنعه من استعمال شرفته استعمالا مألوفا، فيكون متعسفا في استعمال حقه لأن المصلحة التي يسعى إليها وهي الحصول على الرطوبة- قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير - وهو عدم استعمال الشرفة- وفي نفس السياق تنص المادة 2/708 على ما يلي : « غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني[1] إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط.»

1 - النص العربي خاطئ في كلمة (قانوني) وصحتها (قوي) كما ورد في النص الفرنسي.

فهذه الصورة تقوم على أساس عدم التوازن بين المصالح المتضاربة لصاحب الحق والغير، فكلما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الذي يصيب الغير، اعتبر متعسفا في استعمال حقه ولو لم يكن عدم التوازن نتيجة قصد الاضرار بالغير.

2ـ عدم مشروعية المصلحة : وذلك كاستعمال مالك المنزل لمنزله لغرض مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

وقد تكون المصلحة غير مشروعة بصفة غير مباشرة مثال ذلك رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل نتيجة انخراطه في نقابة من نقابات العمال، أو المؤجر الذي يطالب المستأجر باخلاء العين المؤجرة بحجة حاجته للسكن فيها بعد اخفاقه في طلب زيادة الأجرة عما يسمح به القانون.

وهناك من يرى أن هذا المعيار، معيار شخصي لأن في هذه الصورة المصلحة غير المشروعة يتوفر فيها قصد الاضرار بالغير، إلا أنني أرى أن القانون أقام التعسف في هذه الحالة على معيار موضوعي وهو عدم مشروعية المصلحة دون الاعتداد بنية المتعسف.

3ـ الضرر الفاحش : ويمكن إضافة الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة، ولقد نص عليه المشرع في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة، ويمكن إعتباره تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن يعتبر إستعمال الحق تعسفا إذا ألحق بالغير ضررا فاحشا.

ومن تطبيقات الضرر الفاحش ما نصت عليه المادة 691 مدني بقولها : «يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

وليس للجار أن يرجع علي جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين[1] والغرض الذي خصصت له.»

1- النص العربي خاطئ في كلمة (الآخرين) وصحته (الأخرى) أي العقارات الأخرى.

وتطبيقات الضرر الفاحش متعددة فيما يخص مضار الجوار إذ يعتد بالضرر الفاحش ولا ينظر إلى مصلحة صاحب الحق حتى لو كانت جدية، فيجب الحد منها إذا لحق الغير ضررا فاحشا، وفي هذا الصدد تنص المادة 705 مدني على ما يلي : «للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا ...»

ثانيا : جزاء التعسف في استعمال الحق

إن جزاء التعسف في استعمال الحق قد يكون جزاء وقائي وذلك إذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه، فيمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه.

أما في حالة حدوث التعسف فعلا فانه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور كما قد يلزم كذلك بازالة الضرر ذاته كلما كان ذلك ممكنا.

المبحث الثالث

أساس التعسف في استعمال الحق

يجب تحديد ما إذا كان التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري إذ يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان وأغلب المؤلفين العرب إلى إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسئولية التقصيرية ويعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي وذلك سواء أكان الخطأ عمدي جسيما أم يسيرا غير أنه يمكن الرد على هذا بأن التعسف قد يتحقق دون أن تتوافر مقومات الخطأ وذلك إذا ابتعد الشخص عن غاية الحق دون أن يكون مخطأ ولو بذل في استعمال حقه الحيطة والتبصر التي يبذلها الرجل العادي.[1]

1- حسن كيرة : المرجع السابق، ص 763.

ويذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري، إذ أن نطاق التعسف أوسع من ذلك لأنه إذا كان من الممكن إقامة الصورة الأولى الواردة في المادة 41 -التي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الاضرار بالغير - على أساس الخطأ فان الصورتين الثانية والثالثة الواردتين في نفس المادة لا اعتبار للخطأ فيهما بل يمكن إقامة التعسف فيهما على أساس موضوعي فقط،[1] ويمكن كذلك تطبيق نفس الفكرة على مضار الجوار غير المألوفة.

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي نفسه قد انتهى إلى أن التعسف لا يقوم على أساس الخطأ، بل يسأل الشخص عنّ الضرر الذي يلحقه بالجار ولو لم يكن مخطأ.[2]

ويرى الأستاذ علي سليمان أن: « التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسئولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية ... فيعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلا عن نظام المسئولية التقصيرية ... »[3]

وعلى هذا الأساس أرى أن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق أوسع من نطاق المسئولية التقصيرية ومن الأفضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة، فالمبالغة في الشيء حتى لو كانت في إطار القانون، تؤدي إلى الفوضى وإلى مخالفة القانون لذا يجب تقييدها[4] ومساءلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضررا للغير.

1- Terki : Op cit, P 58 - 59

2- Mazeaud : op cit, les obligations, P 455.

3- د.علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 225.

4- Carbonnier : Op cit, tome 4, les obligations, P 407.

الفصل الثاني

حماية الحق وإثباته

لا يكفي اقرار القانون للحق، بل لابد أن تكون للشخص طرق تمكنه من حماية حقه، كما يجب على صاحب الحق، إثبات حقه حتى يقضى له به، وفيما يلي سأتعرض لحماية الحق في مبحث أول أما المبحث الثاني فأخصصه لإثبات الحق.

المبحث الأول

حماية الحق

لا تعتبر الحماية عنصرا من عناصر الحق، وقد سبق تبيان ذلك عند تعريف الحق، فالقانون لا يحمي شيئا لم يوجد بعد، فيكفي لنشوء الحق اعتراف القانون به، أي أن يقر بوجوده[1] ولا زال النقاش قائما حول مدى إعتبار الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق، إذ يرى البعض أن وجود الحق لا يكتمل إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء إلى المحاكم للدفاع عنه، فلا يتصور وجود حق بدون دعوى تحميه، فالدعوى جزء لا يتجزأ من الحق، ولا يتصور وجودها إذا لم تستند إلى الحق كما لا يوجد حق دون أن تحميه دعوى.[2]

وكثيرا ما وقع المؤلفون العرب في الخلط بين إقرار الحق وحمايته، فاذا كان إقرار القانون لازما لنشوء الحق لأن الشخص لا يستطيع ممارسة سلطاته والاستئثار بحقه إلا إذا أقره القانون، إلا أن من الممكن أن يوجد حق دون حماية مقررة له ومثال ذلك الالتزامات الطبيعية[3] التي يقرها القانون دون وضع وسائل لحمايتها، فاذا وفاها

1- عباس الصراف وجورج حزبون : المرجع السابق، ص 199.

2- أحمد أبو الوفاء : أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية ، بيروت 1983، ص 142.

3- الالتزام الطبيعي هو التزام لا يحميه القانون، بمعنى أنه لا يمكن الدائن إجبار المدين على تنفيذه

المدين كان وفاؤه بها وفائا قانونيا صحيحا، بحيث لا يستطيع استرداد ما دفعه، ولقد نصت المادة 162 مدني على ما يلي : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره، بقصد تنفيذ التزام طبيعي. »

والوضع الغالب والمألوف بطبيعة الحال هو توفير الحماية للحقوق التي يقرها القانون، وقد تتوفر هذه الحماية في بعض الحالات دون دعوى، إذ قد تكون لصاحب الحق وسائل يلجأ إليها لحماية دون اللجوء إلى المحكمة، ومن هذه الوسائل الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادة 128 مدني، والدفع بعدم التنفيذ، وحق الحبس، إذ يجوز لصاحب الحق الامتناع عن تسليم الشيء إلا أن يوفي المدين بالتزامه وفقا لما نصت عليه المادة 200 مدني.

ويلاحظ أنه لا يمكن حصر هذه الوسائل، إلا أنه كثيرا ما تكون الدعوى هي الوسيلة لحماية الحق، إذ لا يمكن الشخص اقتضاء حقه بنفسه.

وسأتعرض أولا للتفرقة بين الحق والدعوى ثم أتعرض لشروط الدعوى وبعدها لأنواع الحماية القانونية وفي الأخير أبين تقسيمات الدعوى.

أولا : التفرقة بين الحق والدعوى

هناك من المؤلفين من لا يفرق بين الدعوى والحق، فالدعوى هي الحق متحركا إلى القضاء، وهذا المفهوم نتج عن الخلط الذي كان سائدا في القانون الروماني بين الدعوى والحق.[1]

ولقد تطور مفهوم الدعوى وأصبح مستقلا عن الحق، ويترتب على هذا التمييز أنهما يختلفان في الأمور التالية :

بل يكون هذا الأخير حرا في الوفاء أو عدم الوفاء به،فاذا سقط الالتزام بالتقادم مثلا فلا يمكن للدائن إجبار المدين على تنفيذه ولكن ليس هناك ما يمنع المدين من تنفيذه طوعا.

1-للمزيد من التفصيل في الموضوع،راجع :

Mazeaud : Op cit, introduction, P 357 et suivantes.

1- قد يسقط بالتقادم الحق في رفع الدعوى بينما يبقى الحق قائما، فقد يتصور وجود حق دون دعوى كالالتزام الطبيعي فهو حق يقره القانون ليس لصاحبه دعوى للمطالبة به.

2- تنشأ الدعوى نتيجة نزاع بين الخصوم حول حق، بينما مصدر الحق هو إما الواقعة القانونية وإما التصرف القانوني.

3- قد تكون الدعوى ملكا لغير صاحب الحق، كالولي أو الوصي الذي يباشر الدعوى لمصلحة من هو تحت رعايته.

4- قد توجد دعوى دون حق كدعاوى الحيازة التي تحمي واضع اليد على العقار دون النظر إلى ما إذا كان هذا الشخص صاحب حق أولا.[1]

ثانيا : شروط قبول الدعوى

يمكن إجمال شروط قبول الدعوى فيما يلي:

1- يجب أن يكون رافع الدعوى أهلا للتقاضي، وتتحدد أهلية التقاضي بالأهلية اللازمة لابرام التصرفات.

2- يجب أن تكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها، فلا دعوى بدون مصلحة، ويراد بالمصلحة المصلحة القانونية التي يقرها القانون، أي التي تستند إلى حق يقره القانون، ويجب أن تكون مصلحة رافع الدعوى، مصلحة شخصية ومباشرة، أي يجب أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يقوم مقامه كالوكيل أو الولي، فليس للشخص أن يطالب إلا بحقه ما لم يكن وكيلا أو ممثلا لغيره، فمصلحة الدائن الشخصية عندما يرفع دعوى غير مباشرة على مدين مدينه، تكمن في الزيادة في أصول ذمة مدينه.[2]

1- أحمد أبو الوفاء : المرجع السابق، ص 141.

2- Mazeaud : Op cit, P 359.

ولا يجوز للشخص أن يرفع دعوى نيابة عن المجتمع، لأن رفع الدعوى نيابة عن المجتمع، حق للنيابة العامة فقط ويجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة أي يجب أن يكون قد تم الإعتداء فعلا على حق رافع الدعوى، أو أن يكون الغير قد نازعه فيه فعلا.

أما إذا كان الضرر محتملا، فالأصل أنه لا تقبل الدعوى إلا أنه جرى العمل استثناءا على قبولها رغم أن مصلحة رافعها محتملة، مثال ذلك دعوى وقف الأعمال الجديدة التي ترفع ضد كل من شرع في عمل معين، لو تم إنجازه لأصبح تعرضا للحيازة، لذا يجوز منع الإستمرار في هذا العمل بحكم من القضاء بناء على طلب المهدد بهذه الأعمال.

3- يجب ألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوع الدعوى ذاتها، وهذا تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المقتضى به، فلا يجوز للمحكمة أن تفصل في نزاع سبق أن صدر فيه حكم سابق من هذه المحكمة أو من محكمة أخرى لها نفس الدرجة.

4- يجب أن ترفع الدعوى في الميعاد الذي يحدده المشرع، وإذا رفعت بعد الميعاد فلا تقبل.

5- يجب ألا يكون قد تم الصلح بين الخصوم بصدد الدعوى المرفوعة، إذ بمجرد تمام الصلح لا يعتد بما كان للخصوم من حقوق، وبالتالي لا تكون لهم دعوى لحمايتها لأنهم تصالحوا بشأنها.[1]

ثالثا : أنواع الحماية القانونية للحق

قد تكون الحماية المقررة للحق، حماية مدنية وجنائية في آن واحد، فالاعتداء على بعض الحقوق لا يعد إعتداءا على صاحب الحق وحده بل يعد إعتداءا على المجتمع ككل، فالاعتداء على هذه الحقوق جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات كالسرقة والقتل.

1- عباس الصراف وجورج حزبون : المرجع السابق، ص 212.

وتحرك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة تأمينا لسلامة وأمن المجتمع، وتحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لا يمنع المضرور من المطالبة بحقه في التعويض، برفع دعوى مدنية، وإذا رفعها أمام الجهة الجنائية فهو بذلك يحرك الدعوى العمومية في نفس الوقت. وقد يحدث ألا يشكل الضرر الذي يلحق الشخص ضررا بالمجتمع في نفس الوقت، ففي هذه الحالة يكون لصاحب الحق رفع الدعوى المدنية فقط، مثال ذلك إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدي، فللمتعاقد الآخر رفع الدعوى المدنية فقط.

وقد تكون الحماية القانونية الممنوحة لصاحب الحق في صورة دفع يدفع به صاحب الحق طلب رافع الدعوى.

والخلاصة هي أن الحماية قد تكون مدنية، وقد تكون جنائية، كما تكون هذه الحماية في صورة دعوى أو دفع.

رابعا : تقسيم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق

تنقسم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق إلى دعوى عينية ودعوى شخصية ودعوى مختلطة.

وتكون الدعوى عينية إذا كانت مستندة إلى حق عيني، والدعاوى العينية واردة على سبيل الحصر، وهي دعوى الاستحقاق لحماية حق الملكية، والدعاوى الخاصة بحماية حق الارتفاق، أو حق الانتفاع ، أو حق الاستعمال والسكن، ودعوى الرهن وهي تحمي أصحاب الحقوق العينية التبعية، كما أن هناك دعاوى الحيازة التي تحمي حيازة حق عيني عقاري.

وتكون الدعوى شخصية إذا كانت ترمي إلى حماية حق شخصي، وهذه الدعاوى تتعدد بتعدد الحقوق الشخصية.

أما الدعاوى المختلطة، فهي تلك الدعاوى التي تستند إلى حق عيني وحق

شخصي في نفس الوقت إذ يكون للحكم في ثبوت الحق الشخصي أثر في الفصل في النزاع القائم حول الحق العيني [1] كدعوى إبطال تصرفات خاصة بحقوق عينية عقارية، إذ الفصل في دعاوى الابطال يرتكز على حق شخصي، ومن نتائجها، إعادة الحق العيني إلى صاحبه.

وقد تكون الدعوى العينية ، دعوى عينية عقارية وهي المطالبة بحق عيني عقاري كما قد تكون دعاوى شخصية عقارية وهي المطالبة بحق شخصي على العقار.

كما قد تكون الدعوى العينية منقولة، كادعاء صاحب مال منقول ملكية هذا المال في مواجهة حائزه أو سارقه، إلا أن هذه الدعاوى قد تحد من فعاليتها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، لهذا تكون أغلب الدعاوى المنقولة دعوى شخصية.

وتظهر أهمية تقسيم الدعاوى المدنية في تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم، فتكون المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى العينية العقارية، المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، وتكون المحكمة التي يقع فيها موطن المدعى عليه هي المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المنقولة شخصية كانت أو عقارية.

أما الدعاوى المختلطة، والدعاوى الشخصية العقارية فالنظر فيها من إختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه.[2]

المبحث الثاني

إثبات الحق

يبين القانون ما لكل شخص من حقوق وما عليه من واجبات وإذا التزم كل شخص بذلك لما كنا بحاجة إلى جهاز قضائي لفض النزاعات بين الأشخاص، ولكن

1- خليل جريج : محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت 1980، ص 168.
2- أحمد أبو الوفاء : المرجع السابق، ص 170.

الشخص عموما ميال بطبعه إلى الاستحواذ على حقوق غيره وإلى عدم تنفيذ التزاماته، ومهما بلغت اخلاقيات المجتمع من رقي فانه يوجد دائما أشخاص يتنازعون حول حقوق معينة، وتظهر أهمية الاثبات في هذا المجال، إذ متى استطاع الشخص اثبات حق، قضي له به، ولابد لمن يدعي حقا معينا أن يثبت إدعاءه بدليل كاف، والاثبات هو إستعمال مختلف الطرق التي يمكن أن تنير القاضي بالحقيقة، ولا يكفي أن يكون الشخص صاحب حق، فاذا أدعى الغير خلاف ذلك وجب على صاحب الحق إثبات حقه، وسأتعرض في هذا المبحث لمذاهب الإثبات ، ثم إلى عبئ الإثبات، كما اتناول محل الإثبات ثم طرقه.

أولا : المذاهب المختلفة في الاثبات

الاثبات هو اقامة الدليل أمام القضاء، وقد يلتزم القاضي بهذا الدليل كما يمكن ألا يلتزم به، وقد يفرض القانون على المتقاضين تقديم دليل معين ، كما قد تترك الحرية للقاضي في التحري[1] وذلك وفقا لاعتماد مذهب من المذاهب المختلفة في الاثبات، وفيما يلي أتعرض لها بالتفصيل الآتي.

أ ـ مذهب الاثبات المطلق

وتكون للقاضي وفقا لهذا المذهب سلطة واسعة في التحري عن الوقائع التي تعرض عليه، فيكون له دور فعال في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة، فهو الذي يبحث عنها.

ويعاب على هذا المذهب أنه يعطي سلطة واسعة وكبيرة للقاضي، مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمتقاضين، إذ يحتمل أن يتعرضوا لمفاجآت نتيجة اختلاف التقدير من قاض إلى آخر، ويقلل من الثقة في نظام الاثبات.[2]

1- يحي بكوش : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر 1981، ص 14.
2- سليمان مرقس : أصول الاثبات وإجراءته في المواد المدنية، الجزء الأول، الأدلة المطلقة، عالم الكتاب، القاهرة 1981، ص 17.

ب ـ مذهب الاثبات المقيد

قد يفرض المشرع للاثبات طرقا محددة، فلا يستطيع المتقاضي إقامة الدليل على حقه بغير الوسيلة التي حددها القانون، كما يكون القاضي كذلك ملزما بهذه الطرق، فهذا المذهب يقيد القاضي إلى أبعد الحدود ويحقق الانسجام في تقدير القضاة، مما يترتب عليه استقرار المعاملات، إلا أنه يؤخذ على هذا النظام أن الحقيقة القضائية لا تتفق أحيانا مع الحقيقة الفعلية أو الواقعية، لأن القاضي والمتقاضين ملزمون بطرق محددة، فلا يمكن إقامة الدليل على أمر واضح بغير الطرق التي حددها القانون.[1]

جـ ـ مذهب الاثبات المختلط

يأخذ هذا المذهب بالاثبات المقيد في مسائل معينة كالمسائل المدنية التي يتطلب المشرع إثباتها بالكتابة أما في المسائل المدنية التي لا تشترط الكتابة لاثباتها، فاثباتها يكون مطلقا إذ للقاضي تقدير شهادة الشهود أو القرائن القضائية وفقا لاقتناعه الشخصي، أما المسائل التجارية فيأخذ فيها بنظام الاثبات المطلق[2] نظرا لما تتطلبه هذه المسائل من سرعة في التعامل، إذ يصعب إقامة الدليل عليها كتابة، فلا يمكن تقييدها بأدلة معينة، وتأخذ معظم التشريعات - ومن بينها المشرع الجزائري - بالمذهب المختلط.

وفي هذا المذهب المختلط يكون للقاضي موقف وسط، إذ قد يكون له مطلق الحرية في المسائل المدنية، إذ يستطيع من تلقاء نفسه الأمر باجراء تحقيق في الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للاثبات بالبينة مثلا، كما أن له أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه أيضا.[3]

ويكون دور القاضي مقيدا وسلبيا كلما قيده القانون بأدلة معينة، كوجوب

1- أنور سلطان : قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت 1984، ص 7.
2- حمدي عبد الرحمان : مبادئ القانون، دار الفكر العربي، 1975، ص 465.
3- يحي بكوش : المرجع السابق، ص 43 - 44.

الاعتداد بالدليل الكتابي مثلا.

ثانيا : عبئ الاثبات

يجب تحديد الشخص الذي يلزم بتقديم الدليل، والقاعدة العامة هي أن عبئ الإثبات يقع على المدعي، فمن يطالب غيره بحق، عليه إثبات ذلك، فالإثبات يقع على الخصم الذي يدعى خلاف الظاهر، فاذا طالب شخص معين شخصا آخر بمبلغ من المال فيجب عليه بصفته دائنا إثبات حقه وإذا أنكر المدين ذلك فعليه إثبات انقضاء الدين أو إثبات عدم أحقيته، وتنص المادة 323 مدني على ما يلي: «على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه.»

ففي الحقوق العينية، تكون الحيازة هي الأمر الظاهر وإذا ادعى شخص خلاف ذلك، أي أدعى أن له حق ملكية أو حقا عينيا آخر على المال الموجود في حيازة الغير، فعليه إثبات ما يدعيه، وإذا نجح في ذلك يكون على الحائز إثبات حقه بطرق أخرى، إذ ينتقل عبئ الاثبات من شخص إلى آخر، حتى يتعذر الإثبات، ويخسر الدعوى من تعذر عليه الاثبات[1] ولا تعتبر القواعد الخاصة بعبئ الاثبات من النظام العام، إذ يستطيع شخص معفي من تقديم الاثبات، إقامة الدليل على ما هو ليس مطلوب منه إثباته.[2]

ويلاحظ أن القرائن القانونية قد تغير من عبئ الاثبات كما قد تعفي من الاثبات نهائيا، فالقرينة القانونية الواردة في المادة 776 مدني التي تعتبر أن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر تبرعات ويعفى الورثة من إثبات أن التصرف كان تبرعا، ويقع على المتصرف إليه إثبات خلاف ذلك.

ثالثا : محل الاثبات

أتناول أولا الواقعة القانونية محل الاثبات، ثم الشروط الواجب توافرها في هذه الواقعة القانونية.

1- عبد الودود يحي : دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية 1986، ص 350.
2- Marty et Raynaud : Op cit, introduction, P 376.

أ ـ الواقعة القانونية محل الإثبات

يقع الاثبات على الواقعة القانونية، لأن الحق ما هو إلا الأثر المترتب عليها، فاذا استطاع المدعي إثبات الواقعة فانه يكون قد أثبت حقه.

ويجوز إثبات الوقائع المادية بكافة طرق الاثبات أما التصرفات القانونية فان المشرع يشترط الكتابة لاثبات المسائل المدنية كلما زادت قيمة التصرف عن 1000 دينار ، أو كان محدد القيمة.

وتستبعد القاعدة القانونية من محل الاثبات لأنه يفترض علم القاضي بها، وإن كان المتقاضي يحاول دائما بواسطة محاميه إنارة القاضي بتقديم تفسير للنصوص القانونية وفقا لأراء الفقهاء، وتذكيره بسوابق قضائية معينة، إلا أنه يفترض في القاضي العلم بكل ذلك ويقع عليه عبئ البحث والتحري لكي يصل إلى الحقيقة التي تقنعه.[1]

وإذا كانت القاعدة التشريعية ليست محل للاثبات فان القاعدة العرفية باعتبارها قاعدة غير مكتوبة، فغالبا ما يقيم المتمسك بها الدليل على وجودها إلا أنه تبقى للقاضي سلطة تقديرها[2] لأنها قاعدة قانونية يقع على القاضي التزام التحري على وجودها بكافة الطرق.

ب ـ الشروط الواجب توافرها في الواقعة القانونية محل الاثبات

يشترط في الواقعة القانونية محل الاثبات أن تكون محل نزاع، و محددة، ومتصلة بموضوع النزاع، ويشترط كذلك في الواقعة القانونية أن تكون منتجة في الاثبات وأن تكون جائزة القبول.

وفيما يلي أتناول هذه الشروط..

1- Marty et Raynaud : Op cit, introduction, P 369.

2- أنور سلطان : قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 15.

1- يجب أن تكون الواقعة محل نزاع : فاذا كان الخصم قد سلم بالواقعة، أو كان القانون قد أعفاه من اثباتها، كما في مسئوليه المتبوع عن أعمال تابعه فلا تحتاج هذه الوقائع إلى إثبات، إذن لابد أن تكون الواقعة محل خلاف بين الخصمين، وأن يكون من الضروري على مدعى الواقعة إثباتها ليفصل له على أساسها.

2- يجب أن تكون الواقعة محددة ومتصلة بموضوع النزاع : لابد من تحديد الواقعة المراد اثباتها، لأنه يستحيل اثبات واقعة غير محددة، فيجب على الدائن مثلا تحديد مصدر الدين، وقيمته، وشخص المدين المطالب به..

وإذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي مصدر الحق المطالب به، كتمسك المؤجر بعقد الإيجار للمطالبة بالأجرة ويسمى هذا بالاثبات المباشر، وقد يستحيل أحيانا تقديم إثبات مباشر، فيضطر المتقاضي إلى البحث عن دليله بالاستناد إلى واقعة أخرى، فيقدم دليلا متصلا بالدعوى بطريق غير مباشر، وهذا ما يعرف بالإثبات غير المباشر، كتقديم المستأجر مخالصات بالأجرة عن المدد السابقة للمدة التي يطالبه المؤجر بالأجرة المستحقة عنها.[1]

3- يجب أن تكون الواقعة منتجة في الاثبات : ويقصد بهذا أن تكون الواقعة مقنعة للقاضي ولو في أحد عناصرها[2] وقد تكون الواقعة متصلة بالدعوى ولكنها غير منتجة، كما إذا سلم المستأجر للقاضي جميع الإيصالات الخاصة بالمدد السابقة عن المدة التي يطالب المؤجر بالأجرة المستحقة عنها، وإن كان تسليم هذه الإيصالات متصلا بالدعوى إلا أنه غير منتج لأن المدعي يطالب بايجار خاص بمدة معينة لم يقدم المدعى عليه إيصالا عنها. وفي هذا الصدد تنص المادة 61 إجراءات مدنية على ما يلي: «يجوز الأمر بالتحقيق لاثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للاثبات بشهادة الشهود والتي يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى.»

1- يحي بكوش : المرجع السابق، ص 27 - 28.

2- أنور سلطان : قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 19.

وكذلك بالنسبة لمن يطالب باكتساب ملكية العين بالتقادم مدعيا أن حيازته لها دامت عشر سنوات وهو عالم بملكية غيره لهذه العين، فهذه واقعة متصلة بالدعوى ولكنها غير منتجة للاثبات، إذ في هذه الحالة يجب عليه أن يثبت أن حيازته للعين دامت خمس عشرة سنة مستمرة.

4- يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول : لا يمكن أن تكون الواقعة محل الاثبات مستحيلة استحالة طبيعية كالخصم الذي يريد إثبات بنوته لمن هو أصغر منه سنا. ولا يجيز القانون كذلك اثبات واقعة معينة لاعتبارات مختلفة كسر المهنة[1]، كما لا يجيز القانون كذلك الاتفاق على القرض بفائدة بين الأفراد، وعليه فلا جدوى من اثبات هذا الإتفاق ولو بدليل كتابي لأنه واقعة قانونية غير جائزة القبول. وكذلك الحال بالنسبة لتعامل شخص في تركة إنسان على قيد الحياة حتى إذا تم إثبات هذا الاتفاق، فهو غير جائز القبول قانونا، كما لا يجوز كذلك إثبات خلاف ما تضمنته القرائن القانونية القاطعة.[2]

فاذن لكي تكون الواقعة محل الاثبات، يجب أن تكون جائزة القبول.

رابعا : طرق الاثبات

تختلف طرق الاثبات من حيث قوتها، فللكتابة قوة مطلقة في الاثبات، أما البينة والقرائن القضائية فلهما قوة محدودة، وهناك طرق تعتبر معفية من الاثبات كالاقرار واليمين، والقرائن القانونية، وحجية الحكم المقضى به، وأتعرض لهذه الطرق كلها بالتفسير الآتي.

1- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الاثبات- آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، ص 64.

2- جمال الدين زكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة 1978، ص 1042.

أ ـ الكتابة La Preuve par écrit

ويكون الاثبات بورقة مكتوبة تثبت الواقعة القانونية، ويشترط المشرع الكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة، وهذا وفقا للمادة 333 مدني ولا تستثنى من ذلك إلا التصرفات الخاصة بالمواد التجارية.

والادلة المكتوبة على أنواع ثلاثة : الأوراق الرسمية، والأوراق العرفية، والكتابات الخاصة غير المعدة مسبقا للاثبات.

1- الورقة الرسمية Acte authentique

وهي محرر يثبت فيه موظف عام، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن ويجب أن يكون الشخص محرر الورقة مختصا بتحريرها سواء من حيث طبيعتها أو من حيث مضمونها، فالأحكام القضائية مثلا يختص بتحريرها كاتب الضبط.

وقد نصت المادة 324 مدني على ما يلي: « العقد الرسمي[1] عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه. »

وتكون الورقة الرسمية دليلا قاطعا على ما ورد فيها ويعد كذلك تاريخها، تاريخا ثابتا، لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير وهذا ما تضمنته المادة 324مكرر 5 مدني.

وتعتبر الورقة الرسمية سندا تنفيذيا إذا كانت ممهورة بالصيغة التنفيذية،

1- يلاحظ أن نص المادة 324 استعمل عبارة (العقد الرسمي) والأصح هو الورقة الرسمية، لأن مصطلح الورقة أعم من العقد، فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالارادة المنفردة كالابراء من الدين الذي يتم في شكل ورقة وليس في شكل عقد لأن الابراء تصرف بالارادة المنفردة.

فتمكن صاحبها من التنفيذ بحقه مباشرة دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك.

2- الورقة العرفية Acte Sous Seing Privé

وهي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف عام، ولابد من توقيع ذوي الشأن عليها سواء كان ذلك بأنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهم.

وليست الورقة العرفية حجة بما تتضمنه، إذ يستطيع موقع الورقة انكار ما تضمنته ، أو ادعاء أنه لم يوقعها وإذا اقر موقع الورقة بما تضمنته فتكون لها قوة الورقة الرسمية[1]. ولا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت وهذا ما تضمنته المادة 328 مدني.

كما أن الورقة العرفية لا تعتبر سندا تنفيذيا إذ يجب استصدار حكم على أساسها لتنفيذ ما دوّن فيها.

3- الأوراق غير المعدة للاثبات

توجد أوراق أو محررات عرفية غير معدة للاثبات، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية، والدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشيرات ببراءة ذمة المدين، ويقرر القانون لهذه الأوراق قوة معينة في الاثبات وهذا ما نبينه فيما يلي:

ـ الرسائل والبرقيات : تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي، وتكون حجة على المرسل بما دون فيها ، إلا إذ أثبت عكس ذلك، أما إذا انكر المرسل توقيعه فعلى من يتمسك بها إثبات صدورها من المرسل فعلا.

وتكون الرسائل ملك المرسل إليه، فله الاستفادة منها، إلا إذا كانت تتضمن سرا عائليا أو مهنيا يمنع القانون إفشاءه.

وللغير الاستفادة بما دون في الرسائل ، وله أن يحتج بها بشرط ألا يكون قد

1- سليمان مرقس : أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 206 - 207.

حصل عليها بطريق غير مشروع[1].

وتكون للبرقيات حجية الورقة العرفية متى كان الأصل المودع في مكتب الارسال موقعا عليه من المرسل، وهذا ما تضمنته المادة 329 مدني .

ـ الدفاتر التجارية : يلزم التجار بامساك دفاتر تجارية ليسجلوا كل ما يتعلق باعمالهم التجارية، ومن هذه الدفاتر، دفتر اليومية، ودفتر الجرد السنوي، ولا تكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها ولكنها تكون حجة عليه وفي هذا الصدد نصت المادة 330 مدني على ما يلي: « دفاتر التجارة لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، تجيز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها و أن يستبعد منها ما هو مناقض لدعواه. »

ـ الدفاتر والأوراق المنزلية : قد يحدث أن يسجل الأشخاص مذكراتهم في دفاتر أو أوراق متفرقة، ولا تكون لهذه الدفاتر والأوراق حجة لصاحبها ذلك لأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه[2] ولكنها يمكن أن تكون حجة عليه، وتنص المادة 331 مدني على ما يلي : « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين :

- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا.

- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته. »

1- أنور سلطان : قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 74.
2- سليمان مرقس : أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، المرج السابق، ص 458 .

- التأشير ببراءة ذمة المدين : إذا قام الدائن بالتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، فيعتبر هذا التأشير حجة على الدائن وذلك حتى لو لم يوقع الدائن على هذا السند، أو كان التوقيع أو الكتابة بواسطة شخص آخر كالوكيل مثلا، ولاعتبار التأشير بهذه الصفة حجة على الدائن يشترط أن يظل السند في حوزته وهذا ما تضمنته المادة 1/332 مدني.

أما إذا كان السند المؤشر عليه في حيازة المدين، فيشترط فيه أن يكون التأشير بخط الدائن وهذا ما تضمنته المادة 2/332 مدني، ذلك لأنه لو صح أن يكون التأشير بخط شخص آخر غير الدائن، لكان من السهل على المدين أن يكتب بنفسه أو بواسطة غيره عبارة الابراء[1] لذلك يعتبر شرط التأشير بخط الدائن، شرطا ضروريا لبراءة ذمة المدين إذا وجد السند بحوزته.

ب - الشهادة Preuve par témoins

الشهادة هي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها.

وإذا كانت للكتابة قوة مطلقة في الاثبات إذ تلزم القاضي إذا لم يطعن بالتزوير في صحة الورقة الرسمية أو إذا لم ينكر موقع الورقة العرفية توقيعه عليها، ففي شهادة الشهود تكون للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أو تركها إن شاء، ويؤخذ بالشهادة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات التجارية وكذلك في التصرفات التي تقل قيمتها عن ألف دينار جزائري.

وكذلك يؤخذ بها إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ويقصد به كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال وهذا ما تضمنته المادة 335 مدني، ويعتبر هذا دليلا ناقصا يجوز للقاضي تكملته بالشهادة.

ويجوز الاثبات بالشهادة أيضا إذا وجد مانع أدبي أو مانع مادي يحول دون

1- يحي بكوش : المرجع السابق، ص 180.

الحصول على الدليل الكتابي، وكذلك يجوز الاثبات بالشهادة إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته، وهذا ما تضمنته المادة 336 مدني.

كما يجوز الاثبات بالشهادة في حالة الغش أو التدليس، ويقصد بذلك الغش أو التدليس الصادر في مواجهة الغير وخاصة الدائنين منهم، إذ في هذه الحالة يمكن استبعاد ضرورة الاثبات بالكتابة عملا بالمبدأ الذي يقضي بأن جميع القواعد القانونية تستبعد في حالة الغش.[1]

ج - القرائن وحجية الأمر المقضى به Presomptions

القرينة هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني.[2] وتعتبر حجية الأمر المقضي به قرينة قاطعة من نوع خاص لهذا سأتعرض أولا للقرائن ثم لحجية الأمر المقضى به.

1- القرائن

وتنقسم القرائن إلى نوعين ، قرائن قانونية وقرائن قضائية.

- القرائن القانونية : وهي قرائن ينص عليها القانون بصفة عامة ومجردة، وقد تكون قرائن بسيطة أي غير قاطعة، كما قد تكون قرائن قاطعة، أي لا يقبل إثبات عكسها.

فالقرائن البسيطة هي القرائن التي لا تعفي نهائيا من الاثبات، بل تنقل عبئ الاثبات من على عاتق المكلف به إلى عاتق شخص آخر ، مثال ذلك إذا صدر تصرف في مرض الموت اعتبر أنه قد تم على سبيل التبرع، وعلى مدعى العكس اثبات ذلك.

أما القرينة القانونية القاطعة فهي قرينة لا يمكن إثبات عكسها، وقد تكون القرينة القانونية القاطعة متعلقة بالنظام العام مثل القرينة المتعلقة بالنسب والتي

1- Starck : Op cit, P 176.

2- عباس الصراف وجورج حزبون : المرجع السابق، ص 237.

تقضي بأن الولد للفراش، فهذه قرينة قاطعة وتعتبر قاعدة موضوعية لا يجوز إثبات عكسها بأي طريق كان، أما القرائن القانونية القاطعة التي لا تتعلق بالنظام العام، كالتقادم المكسب للملكية مثلا، فهي قرائن مقررة لمصلحة خاصة ويمكن إثبات عكسها إذا تم ذلك باقرار المدعى بها أو إذا نكل المتمسك بها عن أداء اليمين الموجهة إليه.

- القرائن القضائية : هي قرائن يستخلصها القاضي، ولا يجوز الاثبات بها إلا في الاحوال التي يجوز فيها الاثبات بالشهادة، وتترك للقاضي سلطة استخلاصها، فهو يعتمد على واقعة معروفة في الدعوى المعروضة عليه، ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها.

فالاثبات بالقرائن القضائية ينصب على واقعة متصلة بموضوع النزاع ويؤدي ثبوتها إلى رجحان ثبوت الواقعة المتنازع عليها.

وتتوقف القرائن القضائية على إجتهاد القاضي، فله استنباطها من أي مصدر كان، كما أن له السلطة في تقديرها، وفي هذا الصدد تنص المادة 340 مدني على ما يلي: « يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة. »

2- حجية الأمر المقضي به Le jugement passe en force de chose jugée

هذه قرينة قاطعة يفرضها إحترام الأحكام القضائية. والحكم القضائي الحائز لحجية الأمر المقضي به هو حكم قابل لطرق الطعن العادية وقد نصت المادة 338 مدني على ما يلي: « الأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا. »

ويشترط في الحكم القضائي ليحوز حجية الأمر المقضي به :

- أن يكون الحكم قضائيا وأن يصدر من جهة مختصة بالنظر في النزاع.

- أن يكون قطعيا، أي فاصل في موضوع النزاع بصفة نهائية ، وقد يكون هذا الحكم ابتدائيا أو غيابيا أو حضوريا طالما اتحدت فيه صفة الخصوم والمحل والسبب.

- أن تتعلق الحجية بمنطوق الحكم، فلا يحوز الحكم حجية الأمر المقضي به إلا بالنسبة للأجزاء التي فصل فيها دون أي شرط أي الأجزاء التي حسم النزاع بصددها.

وإذا حاز الحكم حجية الأمر المقضي به فلا يجوز لأي طرف في النزاع أن يعيد طرحه مرة ثانية أمام نفس المحكمة أو محكمة من درجتها بدعوى مبتدأة ويشترط للتمسك بحجية الأمر المقضي به أن يكون هناك إتحاد الخصوم أي يحتج به على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم وكذلك يجب أن يتحد المحل أي يجب أن يكون الطلب الجديد متعلق بنفس الموضوع الذي تم الفصل فيه وكذلك بالنسبة للسبب يجب أن يكون سبب الطلب الجديد هو نفس سبب الذي فصل فيه وهذا ما تضمنته المادة 338 المذكورة أعلاه. ولا تكون لحكم معين حجية تمنع من النظر في الدعوى الجديدة إذا اختلف المحل أو السبب أو الخصوم[1].

د - الاقرار Aveu

وهو اعتراف الخصم بصحة الواقعة القانونية المدعى بها عليه، والاقرار إما أن يكون إقرارا قضائيا أو إقرار غير قضائي.

أ - الإقرار القضائي : يكون الإقرار قضائي Aveu judiciaire ، إذا تم أمام القضاء أثناء النظر في النزاع المتعلق بالواقعة ويكون حجة قاطعة على المقر، إذ تنص المادة 341 مدني على ما يلي: « الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية

1- سليمان مرقس : أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة ، الطبعة الرابعة، ص 261 - 262.

مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة. »

فالإقرار الذي يتم أمام القضاء يكون دائما مقبولا إلا إذا كان المقر غير أهل لذلك، اذ لا يعتد بالاقرار الصادر من القاصر أو من عديم الأهلية، كما لا يجوز إقرار الأولياء أو الأوصياء أو المقدم، والاقرار يلزم القاضي، ولا يجوز للشخص الرجوع عن إقراره بعد صدوره صحيحا منه، كما أنه لا يتجزأ إلا إذا كان متعلقا بوقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى، وهذا ما تضمنته المادة 2/342 مدني بوقلها «ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى. »

2- الاقرار غير القضائي Aveu extra judiciaire الاقرار الذي صدر في غير مجلس القضاء، أو يصدر في مجلس القضاء ولكن يكون عند النظر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه، ويخضع تقديره للقاضي وإذا تم شفاهة فلا بد أن يكون بصدد وقائع يجوز إثباتها بالبينة، أما إذا كان مكتوبا فتكون له قوة السند المكتوب[1].

هـ - اليمين Le Serment

تنقسم اليمين إلى نوعين، يمين حاسمة ويمين متممة.

1- اليمين الحاسمة : le Serment décisoire هي توجيه أحد الخصم اليمين إلى الآخر يتحكم فيها لضميره، وغالبا ما يلجأ الشخص إلى الاثبات باليمين الحاسمة عندما ييأس من جميع طرق الاثبات الأخرى، ويجوز لمن وجهت إليه اليمين الحاسمة ردها إلى خصمه، إذ تنص المادة 343 مدني على مايلي: « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسف في ذلك.

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت

1- Starck : Op cit, P 179.

اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين. »

وإذا حلف الخصم اليمين، فيخسر من وجهها الدعوى نهائيا، ولا يجوز له إثبات كذب اليمين، وكذلك إذا ردت اليمين إلى الخصم ونكل عنها خسر دعواه، وهذا ما نصت عليه المادة 347 مدني بقولها : « كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه. »

2- اليمين المتممة le serment suppletoire هي يمين يوجهها القاضي لاستكمال اقتناعه بالأدلة، المعروضة عليه، ويمكنه توجيهها إلى أي من الخصمين، ولا يجوز لمن وجهت إليه اليمين المتممة ردها إلى خصمه، وللقاضي أي يحكم وفقها إذا اقتنع بها كما يمكنه عدم الأخذ بها.

ويشترط القانون لتمكين القاضي لتوجيه اليمين المتممة ألا يكون لديه دليل كامل في الدعوى، إذ لا يستطيع القاضي توجيهها إذا وجد الدليل الكامل في الدعوى إذ في هذه الحال يجب عليه الحكم بمقتضى الدليل[1] ويجب كذلك ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، إذ لا يجوز للقاضي في هذه الحالة الفصل في الدعوى بناءا على اليمين المتممة وحدها فقط، وهذا ما نصت المادة 2/348 مدني بقولها :« ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل. »

1- يحي بكوش : المرجع السابق، ص 331.

الباب الرابع

انتقال الحق وانقضاؤه

إن جميع الحقوق تنتقل من السلف إلى الخلف، وقد يكون الانتقال إرادي بتصرف صاحب الحق في حقه، كما قد يكون إنتقالها قانوني إذ أن وفاة الشخص تؤدي إلى انتقال حقوقه إلى ورثته، وتنقضي الحقوق حتما بالوفاة كما تنقضي الحقوق الشخصية والعينية بطرق متعددة ومختلفة باختلاف نوع الحق.

وفيما يلي أتناول انتقال الحق في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فأخصصه لانقضاء الحق.

الفصل الأول

انتقال الحق

يقصد بانتقال الحق أن يحل شخص جديد محل الدائن مع بقاء الحق نفسه دون تغيير، والأصل أن جميع الحقوق قابلة للانتقال، أي قابلة للتعامل فيها ويستثنى من ذلك الحقوق المتصلة بالشخصية، فقد سبق القول بأنها مرتبطة بالشخص وتنقضي بوفاته، وسأتعرض في هذا الفصل لانتقال الحق العيني والحق الشخصي في مبحث أول، أما الحقوق الذهنية فقد سبق أن تعرضت لها في الموضوع الخاص بها.

وسأبين في مبحث ثانٍ القواعد القانونية الأساسية التي تحكم انتقال الحق إلى الخلف. [1]

المبحث الأول

انتقال الحق العيني والحق الشخصي

أولا : انتقال الحق العيني

ينتقل الحق العيني بطرق متعددة لا يمكن حصرها، فقد يتم الانتقال بدون عوض كما في عقد الهبة والوصية كما ينتقل كذلك بالميراث.

وقد يتم انتقاله بعوض، كما هو الحال في عقد البيع والمقايضة، فعقد البيع ينقل ملكية شيئ أو حق مالي آخر من البائع إلى المشتري.

فجميع الحقوق العينية يمكن نقلها من السلف إلى الخلف، بل كثيرا ما ينتقل الحق العيني من السلف إلى الخلف، ونادرا ما يكتسب الحق العيني ابتداءا كما في

1- لقد تعرضت لمفهوم الخلف الخاص والخلف العام في الفصل الخاص بمصدر الحق.

حالة اكتسابه بالالتصاق وبالاستيلاء وبالتقادم أو بالحيازة فيما يتعلق بالمنقولات.

ويلاحظ أن المشرع يشترط شهر التصرف لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، وعدم شهر الحق العيني العقاري يؤدي إلى عدم نقل الملكية بين المتعاقدين وقد نصت المادة 16 من الأمر 74- 75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي: «إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ... »

ثانيا : انتقال الحق الشخصي

ينتقل الحق الشخصي من السلف إلى الخلف العام عن طريق الوصية أو الميراث مثله مثل الحقوق العينية.

كما ينتقل فيما بين الأحياء بطريقة خاصة وهي حوالة الحق، ولقد نصت المادة 239 مدني على ما يلي: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين.»

وإذا كانت حوالة الحق تتم في غالب الأحيان بعوض إلا أنها تتم أحيانا أخرى كوفاء بمقابل، وإذا تمت الحوالة بدون مقابل فتكون هبة.

وحوالة الحق هي إتفاق ينقل بمقتضاه الدائن (ويسمى المحيل) حقه الشخصي إلى شخص آخر (يسمى المحال له) يصبح دائنا محله في استيفاء الحق من المدين (المحال عليه).

وكقاعدة عامة، كل الحقوق الشخصية قابلة للحوالة شريطة أن يكون الحق قابلا للحجز عليه، وفي هذا الصدد تنص المادة 240 مدني على ما يلي : «لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلا للحجز .»

ولنفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين لابد من اقرار المدين لها، وقد نصت المادة 241 مدني على ما يلي: «لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ.»

وبخصوص هذا النص من الأفضل إحلال كلمة " إقرار " محل كلمة " قبول " الواردة فيه، لأن الحوالة تتم بمجرد تراضي المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضا المدين، وقبوله لا يعني صدور إيجاب منه بل مجرد إقرار للحوالة لتكون نافذة في مواجهته.[1] ولكي تكون الحوالة نافدة في مواجهة الغير اشترط المشرع إلى جانب اقرار المدين لها أن يكون هذا الاقرار أو القبول ثابت التاريخ.

وبمجرد قبول المدين للحوالة، ينتقل الحق بجميع ضماناته ودفوعه إلى المحال إليه، فيكون للمدين أن يتمسك إزاءه بجميع الدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل، إلا أنه لا يستطيع التمسك بالمقاصة التي كان له الحق في التمسك بها إزاء المحيل قبل قبوله الحوالة.[2]

وقد نصت المادة 1/303 مدني جزائري على ما يلي: «إذا حوّل الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان تمسك [3] بها قبل قبوله للحوالة وليس له إلا الرجوع بحقه على المحيل».

1- د. حسن النوري : مصادر الالتزام واحكامه، مكتبة عين الشمس القاهرة، ص 303.
2- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار النهضة، 1964، ص 473.
د. أنور سلطان : أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1983، ص 314.
A. Rieg : Cession de Creance, Encyclopédie Dalloz, parag 555 - 556.
3- ورد نص المادة 1/303 خاطئا، والصحيح هو « التي كان له أن يتمسك بها » بدلا من « التي كان تمسك بها »، فالعبارة الموجدة في النص توحي أنه حتى لو كان تمسك بها قبل الحوالة فيسقط عنه هذا الحق، بينما المقصود هو سقوط هذا الحق إذا لم يتمسك به قبل الحوالة، وربما جاء هذا الخطأ نتيجة سقوط كلمة " له "من النص، لأن النص الفرنسي صحيح إذ يقول: "...Qu'il pourrait opposer..."

وقد نص المشرع على أنه يقوم مقام اقرار المدين، الإعلان بالحوالة الموجهة إليه باجراء رسمي على يد محضر، ويكفي أن يتضمن الإعلان جميع البيانات المتعلقة بالحوالة.[1]

ويقوم بالإعلان الدائن (المحال له) أو المحيل، وليس هناك وقت محدد للإعلان، ولكن لكي يكون نافذا في مواجهة الغير يجب أن يتم قبل الحكم على المدين بالإفلاس، وقبل أن يحجز دائن آخر عليه، وقبل أن يقوم محال له آخر باعلانه رسميا.[2]

وقد نصت المادة 241 مدني جزائري على أن الحوالة تتم أيضا إذا أخبر المدين بها بعقد غير قضائي[3]، ولكن إذا أعلن المدين بالحوالة دون أن يقبلها فله الحق في التمسك بالمقاصة بعد هذا الإعلان وهذا ما نصت عليه المادة 2/303 مدني جزائري.

ويلاحظ أنه قبل إقرار المدين للحوالة أو إعلانه بها لا تكون نافذة في مواجهته، وبالتالي إذا وفى للدائن الأصلي اعتبر وفاؤه صحيحا[4] وتبرأ ذمته بالنسبة للمحيل أو المحال له. أما إذا تم الوفاء بعد نفاذ الحوالة سواء بالإعلان أو بالإقرار، فان الوفاء للمحيل لا يبرئ ذمة المدين في مواجهة المحال له، إذ يكون لهذا الأخير أن يجبره على الوفاء له مرة أخرى.

وإقرار المدين للحوالة أو إعلانه بها كلاهما يؤدي إلى نفاذ الحوالة في مواجهته من جهة، ومن جهة أخرى إلى أن يصبح ملزما بها تجاه المحال له الذي حلّ محل الدائن بنفس الالتزامات التي كان ملزما بها تجاه الدائن الأصلي.

1- د. تناغو : نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الأسكندرية، ص 479.
2- A. Rieg : Cession de créance, Guide juridique, Dalloz, Volume 1, Parag 16.
3- لقد ورد خطأ في المادة 241 مدني جزائري، الصحيح هو " بعمل غير قضائي" إذ ليس في القانون ما يسمى "عقد غير قضائي" كما ورد في النص.
4- د. تناغو : نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 480.
د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، ص 204.

المبحث الثاني

القواعد القانونية الأساسية

التي تحكم إنتقال الحق

تنتقل إلى الخلف الخاص التكاليف العينية المثقلة للعين التي انتقلت إليه، ويتلقى الخلف الحق بأوصافه أيضا، وبالتالي يتأثر بالعقود التي يبرمها سلفه لأنه لا يستطيع الخلف أن يكتسب حقوقا أكثر من السلف، كما أن قاعدة الملحقات تتبع الأصل تجعل الخلف يتلقى الحق بملحقاته.

أولا : قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر مما كانت للسلف

إن الحق الذي ينتقل إلى الخلف يتأثر بالالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف والمتصلة بالحق الذي أنتقل إليه، وذلك لأن الخلف لا يستطيع أن يكتسب حقوقا أكثر من الحقوق التي كانت للسلف.

ولكي تؤثر الالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف في الحق الذي ينتقل إلى الخلف يجب أن تكون من مستلزمات هذا الحق أي تحد من إستعمال الخلف لحقه. وهذا ما تضمنته المادة 109 مدني جزائري السابق ذكرها.

فمن الضروري أن تكون الالتزامات عينية، لأن الالتزام الشخصي لا يمكن مطلقا أن يحد من استعمال صاحب الحق العيني لحقه.(1)

فقاعدة أن الخلف لا يستطيع أن يكسب حقوقا أكثر من حقوق سلفه تسمح بانتقال التكاليف العينية إلى الخلف، كما تسمح بانتقال الحق بأوصافه أيضا.

وأتعرض فيما يلي لانتقال التكاليف العينية إلى الخلف الخاص، ثم لانتقال الحق

1- J.L Goutal : Thèse précitée, P 72.

بأوصافه، وفي الأخير أتعرض للاستثناءات الواردة على قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر مما كانت لسلفه.

أ - إنتقال التكاليف العينية إلى الخلف الخاص

لا يمكن أن تنتقل إلى الخلف حقوق أكثر من تلك التي كانت للسلف، وبالتالي إذا كانت العين مثقلة بتكاليف معينة كحق ارتفاق، انتقل الحق إلى الخلف مثقلا بحق الارتفاق المقرر للغير. فانتقال هذه الحقوق إلى الغير قوامه نفاذ العقد المنشئ أو الناقل للحق العيني في مواجهة الجميع. وكذلك إذا تقرر على العين حق انتفاع، انتقل هذا الحق مع العين إلى الخلف الخاص، إذ لا يمكن أن يكون لهذا الأخير حق أكثر مما كان لسلفه وهذا تطبيق لمبدأ أن فاقد الشيئ لا يعطيه.(1)

وكذلك تنتقل الحقوق العينية التبعية التي تثقل العين إلى الخلف الخاص باعتبارها متصلة بالعين التي انتقلت إليه،(2) هذا كله مع مراعاة القواعد المتعلقة بشهر الحقوق العينية العقارية. ولا تطبق قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر من

1- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 612.
د. عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 833.

2- بصدد الحقوق العينية، يذهب الاتجاه السائد في ظل القانون المصري إلى أنه لا يستخلص علم المشتري بحق الارتفاق من مجرد التسجيل وبالتالي يبقى التزام البائع بضمان حق الارتفاق قائما حتى لو كان هذا الحق مسجلا. (د. توفيق حسن فرج: عقد البيع، ص 313. أيضا د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء الرابع، عقد البيع، ص 702 - 704.)

ولكن التسجيل يعد قرينة يجوز للقاضي الاستناد إليها لاستخلاص علم المشتري بهذا الحق، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري إذ تنص المادة 2/377 مدني جزائري على ما يلي: « ... ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري».

وهذا يعني أن البائع يظل ضامنا للارتفاقات غير الظاهرة، وذلك حتى لو كانت مسجلة مادام المشتري لم يعلم بها.

ومن المفروض أن يلغى هذا الحكم من القانون المدني لأن نظام شهر الحق العيني الذي يأخذ به القانون الجزائري يعطي صورة كاملة وواضحة عن العقار وما يثقله من حقوق وتكاليف واجبة الشهر، فينبغي أن يعطي للعلم المستمد من السجل نفس الأثر الذي يعطى للعلم الفعلي المستمد من البائع أو من أي مصدر آخر.

السلف إلا إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف يحد من استعماله حقا من نفس الطبيعة، فاذا انتقل إلى الخلف الخاص حق ارتفاق، فلا يحد من استعماله إلا حق ارتفاق آخر ممنوح للغير، كحق المر. أما إذا اكتسب الغير حقا شخصيا فقط كحق الصيد في أراضي الجار فهذا لا يحد من حق عيني ولا ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص لأنه حق شخصي.[1]

فالتزامات السلف الشخصية لا تحد من حق الخلف، فاتفاق السلف مع مقاول على البناء في الأرض التي انتقلت إلى الخلف لا ينتقل إلى المشتري.

ب ـ انتقال الحق بأوصافه إلى الخلف

ويترتب أيضا على عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر من سلفه انتقال الحق إليه بأوصافه من شرط و أجل[2]، كما أنه إذا كان الحق قابلا للابطال أو الفسخ أو الرجوع فيه انتقل إليه كذلك.

وانتقال الحق بأوصافه إلى الخلف الخاص لا يعني أيضا تحمله بالالتزامات، فاذا التزم المشتري قبل البائع تحت شرط فاسخ بتنفيذ التزام معين ثم تصرف المشتري في العين، انتقل الحق إلى الخلف قابلا للفسخ، فاذا لم ينفذ السلف التزامه تجاه البائع فلا يستطيع هذا الأخير مطالبة المشتري بالوفاء به، بل له أن يطالب فقط بحق شخصي على العين، وهو حق الفسخ، ولا يطالبه بتنفيذ الالتزام.

1- J.L Goutal : Op cit, P 73 - 74.

2- الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب عليه نشأة الحق أو زواله، فاذا ترتب عليه نشأة الحق كان الشرط واقفا، كأن يشترط الأب على إبنه النجاح في الإمتحان ليشتري له سيارة.
وقد يكون الشرط فاسخا ويترتب على تحققه زوال الحق، كأن يهب الأب سيارة لابنه على أن يستردها منه إذا لم ينجح في الامتحان.
أما الأجل فهو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نشأة الحق أو زواله.
فاذا كان الأجل واقفا يترتب على حلوله نشأة الحق، فحق الدائن في استرداد القرض مثلا يحل بحلول الأجل المتفق عليه.
أما الأجل الفاسخ فهو الذي يترتب على حلوله انقضاء الحق، فحق الانتفاع إذا كان محددا بمدة معينة يترتب على حلول الأجل المحدد انقضاء حق المنتفع.

ويلاحظ في هذا المجال أنه لا يحتج على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر بفسخ الحقوق العينية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها إلا إذا كان الشرط الذي حصل بمقتضاه الفسخ أو الابطال أو النقض قد تم اشهاره أو كان الفسخ أو الابطال أو الالغاء بحكم القانون، وهذا ما تضمنته المادة 86 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري السابق ذكره.

ج ـ استثناءات على قاعدة عدم كسب الخلف حقوقا أكثر مما كان لسلفه

من المسلم به أن فاقد الشيء لا يعطيه، وأن السلف إذا لم يكن مالكا للحق لا يستطيع نقله إلى الخلف، إلا أن هذه القاعدة تستبعد كلما اقتضى الأمر حماية الغير حسن النية وتحقيقا لاستقرار المعاملات.

فبصدد المنقولات قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز تجعل من حائز المنقول بحسن نية مالكا له، ولو كان السلف غير مالكا له. كما تسقط التكاليف والقيود التي تثقل المنقول، فاذا كان مرهونا رهنا حيازيا انتقل إلى الحائز حسن النية خاليا من هذا التكليف وهذا ما نصت عليه المادة 814 مدني جزائري.

وبصدد العقارات، يستطيع الشخص إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ـ أي يعتقد أنه تلقى الحق من المالك فعلا ـ أن يكتسب العقار بالتقادم القصير، وهذا ما تضمنته المادة 828 مدني جزائري. كما يمكن أن يكسبه بالتقادم الطويل إذا كان سيء النية واستمرت حيازته للعقار مدة خمس عشرة سنة وهذا ما تضمنته المادة 827 مدني جزائري.

و من أهم الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر من سلفه، الاستثناء الخاص بحماية الوضع الظاهر، إذ ينشأ عن الوضع الظاهر، مظهر ينخدع به الناس كافة. ولذلك سعى المشرع إلى حماية هذا الوضع، فيصير الخلف مالكا رغم أن السلف لم يكن مالك للحق.

والحقيقة أن نظرية الوضع الظاهر لا تطبق إلا على أوضاع معينة نص عليها القانون. أو في حالة وقوع الخلف في خطأ شائع واعتقاده الراسخ أن السلف حائز الحق هو المالك له فعلا، و هذه الحالات قليلة الحدوث. لما يحققه نظام الشهر العقاري من إعلان الغير عن الوضعية الحقيقية للعقارات.

فتبقى قاعدة عدم كسب الخلف حقوقا أكثر من تلك التي كانت لسلفه، قاعدة عامة ترد عليها الاستثناءات السابق ذكرها، حماية لاستقرار المعاملات، وحماية للغير حسن النية.

ثانيا : قاعدة الملحقات تتبع الأصل

إن ملحقات الحق تنتقل إلى الخلف الخاص، لأنها تتبع الحق الذي انتقل إليه. لا شك في أن الحقوق العينية الجزئية تعتبر من ملحقات الحق، فحق الارتفاق ينتقل مع العقار المرتفق إلى الخلف الخاص. فحقوق الارتفاق ملحقات قانونية تتبع الحق الرئيسي ولا يتقرر وجودها بدونه.

كما أن للمحال له حقا شخصيا وتنتقل إليه ضمانات هذا الحق كالكفالة، والرهن لأنها من ملحقات الحق الذي انتقل إليه وفقا للمادة 243 مدني جزائري.

أ - إنتقال دعاوى السلف إلى الخلف الخاص

تنتقل إلى الخلف دعاوى الضمان التي كانت للسلف قبل البائع الأول، فانتقال الحق في عدم المنافسة إلى الخلف الخاص لمشتري المحل التجاري، يمكن تعليله بأن البائع ملزم بضمان عدم التعرض الشخصي وبعدم منافسة المشتري، وهذا الحق ينتقل مع المحل التجاري إلى المشتري الثاني للمحل التجاري، ذلك لأن الالتزام بعدم المنافسة هو من العناصر الأساسية للمحل التجاري وبالتالي يعتبر من ملحقاته.

وكذلك إذا كان المبيع منزلا فتنتقل إلى المشتري دعوى البائع بالضمان التي كانت له قبل المهندس والمقاول اللذان اشتركا في تشييد المنزل.

وللمحال له الحق في قبض الثمن وينتقل إليه حق البائع في الفسخ باعتباره من ملحقات الحق الذي انتقل إليه.

وإذن فتنتقل إلى الخلف الخاص جميع الدعاوى التي يكون للمشتري أن يحل فيها محل البائع، كدعوى التعويض تجاه شركة التأمين أو تجاه الإدارة إذا نزعت الملكية للمنفعة العامة.[1]

وإذا استحق الغير جزءا من العين، رجع المشتري على البائع الأول بضمان الاستحقاق، بشرط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع الأول أو تاليا له، ولكنه مستمد من البائع الأول، وهذا ما نصت عليه المادة 375 مدني جزائري.

وتنتقل إلى الخلف الخاص دعوى ضمان العيب الخفي، لأن الدائن في ضمان العيب الخفي هو المشتري، وينتقل الحق إلى خلفه.[2] فمن حق المشتري الثاني رفع دعوى ضمان العيب مباشرة على البائع الأول، لأنها من ملحقات الحق الذي انتقل إليه، ولكن هل يكون للمشتري الثاني المطالبة فقط بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، أو تنتقل إليه أيضا دعوى الفسخ ، ويستطيع مطالبة البائع الأول بها؟

كان القضاء الفرنسي يسمح للمشتري الثاني بمطالبة البائع الأول بالفسخ ولكنه عدل عن موقفه هذا في حكم صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1973/2/27، حصر نطاق الادعاء المباشر في المطالبة بالتعويض ورفض طلب فسخ العقد نظرا لعدم وجود عقد بين المدعى والمدعي عليه.

ويلاحظ أن هذا الحكم انتقد بشدة لأن يفرق بين دعوى التعويض ودعوى الفسخ الناتجين عن دعوى ضمان العيب الخفي واخضعهما لنظام قانوني مختلف.[3]

1- زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 186.

2- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 730 - 731.

3- د. أسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية، دار إقرأ، بيروت، الطبعة الأولى 1981، ص 165.

ومن الأفضل إعطاء الخلف الخاص للمشتري الحق في المطالبة بالفسخ مثل حقه في المطالبة بالتعويض، لأن الغرض من الدعوى المباشرة هو اختصار الوقت، وعدم اللجوء إلى سلسلة الدعاوى المتعددة، التي تنتهي إلى نتيجة واحدة إذ يطالب المشتري الثاني المشتري الأول بالفسخ وهذا الأخير يطالب البائع أيضا، وهذا إذا لم يتعدد المشترون، فنكون أمام دعاوى لا حصر لها، فمن الأفضل إعطاء المشتري الأخير حق طلب الفسخ مباشرة قبل البائع الأول.

إن الحق في الفسخ ما هو إلا من ملحقات حق الضمان الممنوح للخلف الخاص.

ب ـ انتقال الالتزامات العينية باعتبارها من الملحقات إلى الخلف الخاص

إن إنتقال الحقوق العينية المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص كحق الارتفاق لا يبرر انتقال الالتزامات العينية المتصلة بالعين إليه، ولكن يمكن الإستناد إلى فكرة الملحقات تتبع الأصل لتبرير هذا الانتقال، فلكي يتمكن الشخص مثلا من الانتفاع بحق ارتفاق واستعماله لابد أن ينتقل إليه مع هذا الحق كل ما هو ضروري للمحافظة عليه.

وتنص المادة 873 مدني جزائري على ما يلي: «لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها استعال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يوجد شرط يخالف ذلك.»

إذن فقيام صاحب العقار المرتفق به بالأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق على الوجه المألوف يعتبر من ملحقات حق الارتفاق وتنتقل إلى الخلف الخاص لمشتري العقار المرتفق.

والالتزامات العينية التي تعتبر من ملحقات حق الارتفاق هي الالتزامات الضرورية لاستعمال الحق والانتفاع به، أما إذا اختلطت مع الحق ذاته بحيث يصعب فصلها عنه، كقيام صاحب المحجر المرتفق به باستغلال المحجر، فهذا الالتزام لا يمكن

اعتباره من ملحقات حق الارتفاق لأنه ضروري لوجود الحق، ويختلط مع الحق ذاته، فلا تطبق فكرة الملحقات تتبع الأصل، لنقله إلى الخلف الخاص.[1]

ويمكن الاستناد إلى قاعدة الملحقات تتبع الأصل لنقل الحقوق العينية إلى الخلف باعتبارها من ملحقاته وكذا الدعاوى التي كانت للسلف قبل الخلف إذا كانت متصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف. وكذلك يمكن الإستناد إلى هذه القاعدة لنقل الالتزامات العينية الضرورية لاستعمال الخلف للحق الذي انتقل إليه.

ولكن هذه القاعدة لا تسمح بانتقال الالتزامات الشخصية التي كانت للسلف كحق السلف الذي تعاقد مع مقاول على بناء أرض انتقلت إلى الخلف، لأن هذا الحق ليس مكملا للحق الذي انتقل إلى الخلف فلا يعتبر من ملحقاته.[2]

فانتقال ملحقات الحق إلى الخلف يرجع غالبا إلى طبيعة الحق ذاته، فانتقال الحقوق العينية الجزئية إلى الخلف الخاص يرجع إلى طبيعة هذه الحقوق وإلى نظامها الخاص.

1- زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 188.
2- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 610.

الفصل الثني

انقضاء الحق

سأتعرض في هذا الفصل لانقضاء الحق العيني ولانقضاء الحق الشخصي، ذلك لأن الحقوق العامة باعتبارها متصلة بالشخص تنقضي بوفاته، وألاحظ في هذا الصدد أن بعض الحقوق السياسية، كالحق في تولي الوظائف العامة، والحق في الترشيح يحرم الشخص منها إذا حكم عليه بعقوبة جنائية، كما يحرم كذلك بالتمتع ببعض الحريات العامة كحق التنقل.

كما تنقضي كذلك بعض حقوق الأسرة بأسباب خاصة ومتعددة، تختلف باختلاف نوع الحق ولذلك لا يمكن حصرها، فحق الحضانة مثلا يسقط عن الأم بالتزوج بغير قريب، ولأسباب أخرى، كما نصت على ذلك المادة 66 أسرة. كما أن حق الأب في الولاية على أبنائه يسقط عنه بالحجر عليه مثلا.

كما ألاحظ أنه سبق أن تعرضت بصدد الحقوق الذهنية إلى أن الجانب المالي لهذه الحقوق يستغله الشخص طوال حياته وينتقل بعد وفاته إلى ورثته، وينقضي حق هؤلاء في الاستغلال بمرور 25 سنة من وفاة مورثهم.

المبحث الأول

انقضاء الحق العيني

لا أتعرض لانقضاء الحق العيني بالتفصيل لأني تعرضت له في الفصل الخاص بهذه الحقوق، فحق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال ولكنه ينقضي حتما بوفاة المالك إذ ينتقل الحق إلى الورثة أو إلى الموصى لهم، كما ينقضي هذا الحق بالتصرف فيه، وينقضي حق الملكية كذلك بترك المالك محل الحق العيني أو تخليه عنه، ويلاحظ أنه

إذا كسب الحائز حسن النية ملكية المنقول، ينقضي حق المالك على المنقول.

وينقضي حق الانتفاع بوفاة المنتفع كحد أقصى، كما ينقضي بانتهاء المدة المحددة له، كما ينتهي كذلك بهلاك الشيء، وينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة خمس عشرة سنة.

أما حق الارتفاق فينقضي بانتهاء المدة المقررة له، أو عدم استعماله لمدة عشر سنوات، وينتهي كذلك بهلاك العقار المرتفق به، وكذلك ينتهي باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، كما ينقضي كذلك حق الارتفاق إذا فقد العقار المرتفق كل منفعة من ذلك أو إذا لم تبق له إلا فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

أما الحقوق العينية التبعية فتنقضي بانقضاء الالتزام الشخصي الذي تضمنه، كما تنقضي بعدم تجديد قيد الرهن، وينقضي الرهن كذلك بنزول المرتهن عن الرهن، وينقضي كذلك باتحاد الذمة كانتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، وكذلك ينقضي الرهن بهلاك العقار المرهون[1] أو بتطهير العقار المرهون، وينقضي الرهن الحيازي الوارد على المنقول بكسب الحائز حسن النية ملكية المنقول إذ الحيازة تسقط التكاليف الواردة على المنقول.

المبحث الثاني

انقضاء الحق الشخصي

ينقضي الحق الشخصي بالوفاء، أو بما يعادل الوفاء، كما ينقضي دون وفاء.

وفيما يلي أتعرض لمختلف هذه الأسباب.

1- يلاحظ أنه في حالة هلاك العقار المرهون ينتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يحل محل العقار المرهون من مبلغ التأمين أو التعويض، أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، راجع المادة 900 مدني.

أولا : انقضاء الحق بالوفاء

الوفاء هو تنفيذ المدين ما التزم به عينا ، وبذلك ينقضي حق الدائن، ويشترط في بعض الالتزامات كالالتزام بالقيام بعمل أن يتم الوفاء من المدين نفسه إذ شخصه يكون محل اعتبار، ولكن فيما عدا هذا الاستثناء يجوز أن يكون الموفى شخصا آخر غير المدين، وينقضي الحق إذا قام الغير بوفاء الالتزام محل المدين، ويكون للموفي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وهي إما دعوى الوكالة، أو دعوى الفضالة أو دعوى الاثراء بلا سبب وفقا لتوافر الشروط المطلوبة لرفع هذه الدعاوى.

كما يمكن الموفي الرجوع على المدين بدعوى الحلول في حالات معينة تضمنتها المادة 261 مدني وهي خاصة بالحلول القانوني وزيادة على هذه الحالات يمكن الموفي الرجوع على المدين بدعوى الحلول إذا تم الإتفاق بينهما على ذلك، ويسمى هذا بالحلول الإتفاقي.

وإذا حلّ الموفي محل الدائن يكون له الرجوع على المدين بحق الدائن بما لهذا الحق من خصائص وتوابع، ويمكن المدين التمسك في مواجهة الموفي بكافة الدفوع التي كانت له في مواجهة الدائن.

ويلاحظ أنه يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي عليه بما وفاه عنه كلا أو جزءا إذا أثبت أن له مصلحة في الإعتراض على الوفاء وهذا ما تضمنته المادة 259 مدني، كأن يكون التصرف الذي أنشأ الدين، تصرفا باطلا لعدم مشروعية سببه، أو كان قد انقضى كله بالابراء أو بالمقاصة.

ولكي ينقضي الدين بالوفاء يجب أن يشمل محل الوفاء ما كان مستحقا أصلا في ذمة المدين، أي عين ما التزم به، فلا يمكن أن يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي، وقد نصت المادة 1/277 مدني على ما يلي: «لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.»

ويكون الوفاء الجزئي في حالات معينة نص عليها القانون، ومنها يمكن الكفلاء غير المتضامنين الدفع بالتقسيم والزام الدائن بقبول الوفاء الجزئي وهذا ما تضمنته المادة 1/664 مدني.

وللمدينين غير المتضامنين كذلك الحق في الدفع بالتقسيم إلا إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام. أما إذا كان الالتزام غير قابل للتجزئة[1] فلا يمكن الوفاء به جزئيا، وفي غير الحالات المنصوص عليها قانونا، أو المتفق عليها صراحة، لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي ويبقى الالتزام قائما ولا ينقضي حق الدائن.

ثانيا : انقضاء الحق بما يعادل الوفاء

طرق انقضاء الحق بما يعادل الوفاء هي، الوفاء بمقابل، والمقاصة واتحاد الذمة، والتجديد.

أ ـ الوفاء بمقابل

يتم الوفاء بمقابل إذا قدم المدين شيئ آخر غير ما كان ملزم بادائه مثال ذلك تقديم شيئا آخر بدلا من مبلغ من النقود. ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقبله الدائن، فلا يمكن فرضه على الدائن إذ تنص المادة 285 على: «إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء.»

ويترتب على قبول الدائن وقيام المدين بالوفاء أن تسري أحكام البيع فيما يتعلق بأهلية الطرفين وفيما يخص الضمانات التي يلتزم بها المدين كضمان الاستحقاق والعيوب الخفية. كما أن الوفاء بمقابل يعتبر وفاءا للدين وينقضي به حق الدائن، فتسري عليه أحكام الوفاء فيما يخص جهة الدفع، وانقضاء التأمينات، وهذا ما تضمنته المادة 286 مدني.

ويترتب على الوفاء بمقابل انقضاء حق الدائن رغم أنه لم يتم الوفاء بما هو

1- أنظر المواد من 236 إلى 238 مدني.

مستحق عينا، لأن العوض الذي تم الوفاء به يقوم مقام ما هو مستحق أصلاً.

ب ـ المقاصة

هي إجتماع صفتي المدين والدائن في كل من طرفي الالتزام، وينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، كأن يكون (أ) دائن لِ (ب) بمبلغ 4000 دج ويكون (ب) أيضا دائنا لِ(أ) بمبلغ 3000 دج فينقضي الدين بقدر 3000 دج وقد تكون المقاصة قانونية أو إتفاقية أو قضائية، ويشترط لقيام المقاصة القانونية أن يكون الدينان بين نفس الشخصين وأن يكون الدينان واردين على نقود أو مثليات متحدة النوع، ولا يهم أن يكون مصدرها العقد أو الفعل الضار. ويشترط أن يكون الدينان خاليين من النزاع ومستحقي الأداء، فلا تجوز المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط وافق لم يتحقق بعد أو مقترنا بأجل لم يحل بعد، ويشترط أن يكون الدينان صالحين للمطالبة قضائيا. فاذا كان أحد الدينين التزما طبيعيا، فلا تجوز المقاصة بينه وبين التزام المدين، ويشترط أيضا ضرورة التمسك بالمقاصة، فلا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه[1] ويلاحظ أنه حتى لو توافرت جميع شروط المقاصة فلا يمكن إعمالها في حالات معينة نصت عليها المادة 299 مدني.

ويترتب على إجراء المقاصة انقضاء حق الدائن بالقدر الذي تمت به. وإذا لم تتوافر الشروط السابقة يجوز أن تقع المقاصة باتفاق الطرفين، إذا تخلفت شروط المقاصة القانونية، كأن يسمح صاحب الحق المستحق الأداء باجراء المقاصة مع صاحب الحق المؤجل، ولا يجوز إجراء المقاصة الإختيارية إلا باتفاق الطرفين إذا كان الشرط المنصوص عليه قانونا لمصلحة الطرفين معًا.

أما المقاصة القضائية : فيستطيع المدعى عليه في حق متنازع فيه، إذا كان دائنا للمدعي بمبلغ معين أن يطلب من القاضي إجراء المقاصة، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بذلك.[2]

1- هذا ما تضمنته المادة 300 مدني.

2- Carbonnier : Droit civil. Tome 4. les obligations. P 575.

ج ـ اتحاد الذمة

ينقضي الحق عندما يجتمع في نفس الشخص صفة الدائن والمدين[1] مثال ذلك أن يرث المدين الدائن فلا يتصور أن يطالب المدين نفسه، ولكن يشترط في ذلك أن يكون المدين هو الوارث الوحيد، أما إذا وارث مع غيره وورث بقدر الربع فقط اتحدت ذمته مع ذمة المورث في حدود ربع الدين فقط، ويبقى مدينا بقدر ثلاثة الأرباع الأخرى، وقد يحدث إتحاد الذمة بالوصية وذلك في حالة ما إذا أوصى الدائن للمدين بما له في ذمته فينقضي حق الدائن في حدود الثلث، وإذا كانت الوصية بأكثر من الثلث ولم يقر الورثةُ الزيادة فان إتحاد الذمة يزول بالقدر الذي لم يقره الورثة ولا ينقضي الدين إلا في حدود الثلث المقرر للوصية شرعا. ويترتب على هذا زوال إتحاد الذمة فيما زاد عن ثلث الدين بأثر رجعي.

د ـ التجديد

هو اتفاق يحل بموجبه التزام جديد محل الالتزام القديم[2] ويترتب على التجديد انقضاء الحق القديم ونشأة حق آخر محله، وهذا ما نصت عليه المادة 1/291 مدني بقولها :«يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه.»

ولحصول التجديد، يجب أن يكون الالتزامان الجديد والقديم مرتبطين، إذ لا ينقضي الالتزام الأصلي إلا إذا حل محله الالتزام الجديد، ولا ينشأ الالتزام الجديد إلا إذ كان الالتزام الأصلي قد انقضى فعلا.[3]

ويتم التجديد إما بتغيير الدين، كتغيير محله، ويشبه التجديد في هذه الحالة الوفاء بمقابل، إلا أن هذا الأخير يؤدي إلى انقضاء الدين دون تجديده.

1- أنظر المادة 304 مدني.

2- أنظر نص المادة 287 مدني.

3- Terki : responsabilité civile, Cours polycopiés, S4, 1981, Institut de Droit Ben Aknoun. P 213.

كما قد يتم التجديد بتغيير سبب الدين، فيكون مثلا سبب الحق القديم، عقد بيع فيصبح بالتجديد سببه عقد قرض، وقد يتم التجديد بتغيير الدائن أو المدين[3] وهذا ما نصت عليه المادة 287 مدني في فقرتيها الثانية والثالثة. ويترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه من التأمينات والدعاوى المتصلة به، وينشأ إلتزام جديد يحل محله، وهذا ما نصت عليه المادة 291 السابق ذكرها.

ويلاحظ أنه إذا كان التجديد بتغيير المدين فمن الجائز نقل التأمينات المقدمة منه دون رضاه، وإذا كان التجديد بتغيير الدائن فلا تنقل التأمينات إلى التزّام الجديد إلا إذا رضي بذلك كل من الدائن والمدين والدائن الجديد وهذا ما نصت عليه المادة 292 مدني.

أما إذا كان التأمين المقدم عبارة عن كفالة شخصية أو تأمين عيني أو تضامن سلبي بين المدنين، فانه لا ينتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفيل الشخصي أوالكفيل العيني أو المدين المتضامن، وهذا ما نصت عليه المادة 293 مدني بقولها: «لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون.»

ثالثا : انقضاء الحق دون الوفاء

ينقضي الحق دون أن يفي به المدين بالطرق التالية وهي الابراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

أ . الابراء

ينقضي الحق بابراء الدائن المدين، ويتم الابراء بارادة الدائن المنفردة، ويشترط

1- يختلف التجديد بتغيير المدين عن حوالة الدين بأنه في التجديد يحل مدين جديد محل المدين السابق في دين جديد لأن الدين القديم ينقضي.
ويختلف كذلك التجديد بتغيير الدائن عن حوالة الحق في أن حق الدائن ينقضي وينشأ حق جديد بالتجديد بينما في حوالة الحق ينتقل الحق ذاته إلى الدائن الجديد.

فيه أن يكون الدائن أهلا للتبرع لأنه تصرف بدون عوض.

ويمكن المدين رد إبراء الدائن له، إذ لا يجبر على قبول تبرع لا يريده، لهذا يرى البعض بأن الابراء لا يعتبر تصرفا بالإرادة المنفردة وإنما هو إتفاق يتطلب قبول المدين، ولا يكون له أثر إذا رده المدين.[1]

ولا أوافق هذا الرأي، ذلك لأن الابراء يتم بمجرد وصوله إلى المدين، ولا يستطيع الدائن العدول عنه بعدها فهو تصرف بالإرادة المنفردة وقد نصت المادة 305 مدني على ما يلي: « ينقضي الالتزام إذا برّأ الدائن مدينه إختياريا، ويتم الابراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين.»

ب . استحالة التنفيذ

ينقضي الحق إذا استحال على المدين تنفيذه، وكانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو فعل الدائن، إذ تنص المادة 307 مدني على ما يلي: « ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي عن إرادته.

ولا يلزم المدين بتعويض الدائن إذا كان فعل الدائن أو فعل الغير هو السبب الوحيد الذي أدى إلى إحداث الضرر.

أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى المدين نفسه، فانه يلزم بتعويض الدائن.

جـ . التقادم المسقط

ينقضي الالتزام بمرور خمس عشرة سنة من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، ولا يستطيع الدائن المطالبة بحقه بعد مرور هذه المدة، ويلاحظ أن بعض الديون تنقضي بمرور مدة أقصر نظرا لطبيعتها الخاصة.[2]

1- Terki : Op cit, P 222.

2- أنظر المواد من 309 إلى 312 مدني.

ويبدأ حساب مدة التقادم من اليوم التالي لليوم الذي يصير فيه الدين مستحق الأداء، إذ تنص المادة 314 مدني على ما يلي: « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها. »

فالحق الشخصي المعلق على شرط واقف لايبدأ سريان تقادمه إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط. وإذا كان الحق مقترنا بأجل. فلا يبدأ التقادم إلا من وقت حلول الأجل، ذلك لأن صاحب الحق الشخصي لا يستطيع مطالبة المدين إلا بعد أن يصبح الحق نافذا أي مستحق الأداء.

ويعترض التقادم أثناء سريانه الوقف، فقد يقف التقادم لسبب معين يؤدي إلى عدم حساب المدة التي توقف فيها التقادم، إذ تحسب المدة السابقة للوقوف وتضاف إليها المدة اللاحقة له، وقف التقادم أمر اقتضته العدالة بحيث يوقف حساب المدة لمصلحة أشخاص تعذر عليهم رفع الدعوى في مدة زمنية معينة لأسباب معينة.

وقد يرجع وقف التقادم إلى أسباب خارجية، فقد تشب حرب تمنع صاحب الحق من المطالبة بحقه أو تمنع المحاكم من مباشرة أعمالها.

وقد يكون السبب الذي يمنع الشخص من المطالبة بحقه مانعا أدبيا يرجع إلى علاقة الزوجية أو علاقة القرابة بينه وبين المدين إذ تنص المادة 1/316 مدني على ما يلي: «لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين النائب والأصيل.»

ويرد كذلك على التقادم الانقطاع، ويتم ذلك بالمطالبة القضائية أي مطالبة صاحب الحق بحقه، ويرجع ذلك لاعتبارات تقتضيها العدالة لأن الدعوى قد يطول الفصل فيها وليس من العدل أن يسري التقادم أثناء سريان الدعوى وقبل الفصل فيها لأن الأحكام المقررة للحق تسري بأثر رجعي من يوم بداية المرافعة.[1]

1- Colin & Capitant par De La Morandiere : Traité de droit civil Français, Tome 2, Paris , 1959, P 228.

ولكي ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية يجب أن تنتهي الدعوى لصالح المدعى أما إذا سقطت الدعوى أو رفض الفصل فيها فلا ينقطع التقادم.

كما ينقطع التقادم كذلك بالتنبيه وذلك إذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي وهو إما أن يكون حكم أو سند رسمي فانه لا يرفع دعوى على الحائز وإنما يسارع إلى التنفيذ به، ويشترط المشرع على القائم بالتنفيذ تبليغ المحكوم عليه بالحكم المراد تنفيذه.

وينقطع التقادم كذلك بفعل الحائز وذلك في حالة إقراره صراحة أو ضمنا بحق الدائن.

ويترتب على انقطاع التقادم سقوط المدة التي مرت منه سقوطا نهائيا، ويبدأ بعدها تقادم جديد لا تحسب فيه المدة التي سبقت الانقطاع.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

ابن قدامى (موفق الدين) و ابن قدامى (شمس الدين)

1- المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، بيروت 1983.

ابو السعود (رمضان)

2- المدخل إلى القانون ، الدار الجامعية، بيروت 1985.

أبو الوفا (أحمد)

3- أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت 1983.

الدريني (فتحي)

4- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت 1974.

الزحيلي (وهبة)

5- الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الملكية وتوابعها، دار الفكر، الطبعة الثانية 1985.

6- الجزء الرابع ، النظريات الفقهية والعقود، الطبعة الثانية، 1985.

السنهوري (عبد الرزاق)

7- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1964.

8- الجزء الثاني ، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، 1964.

9- الجزء الثالث، الاثبات، أثار الالتزام، 1968.

10- الجزء الرابع، عقد البيع، 1960.

11- الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، 1968.

12- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الشرقاوي (جميل)

13- مبادئ القانون، دار النهضة العربية القاهرة.

الصدة (عبد المنعم فرج)

14- الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.

الصراف (عباس) و حزبون (جورج)

15- المدخل إلى علم القانون، عمان، 1985.

النوري (حسين)

16- مصادر الالتزام وأحكامه، مكتبة عين الشمس، القاهرة.

تناغو (سمير)

17- نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية.

جريج (خليل)

18- محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت، 1980.

حجازي (عبد الحي)

19- مذكرات في نظرية الحق، 1951.

20- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.

حمدي (عبد الرحمان)

21- مبادئ القانون، دار الفكر العربي، 1975.

حسنين (محمد)

22- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

دياب (أسعد)

23- ضمان عيوب المبيع الخفية، دار إقرأ، بيروت 1981.

زكي (جمال الدين)

24- الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

زواوي (فريدة)

25- مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق بن عكنون، 1993.

26- الحيازة والتقادم المسقط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

27- نظرات في قانون الأوقاف، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 4، سنة 1995.

28- مدى تعارض إنتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون»، المجلة الجزائرية، العدد 2، 1995.

سعد (نبيل إبراهيم)

29- التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية.

سلامة (أحمد)

30- مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة عين الشمس.

سلطان (أنور)

31- الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.

32- الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة، بيروت، 1983.

33- قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1984.

سليمان (علي)

34- نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

35- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

36- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990.

عبد الفتاح (عبد الباقي)

37- نظرية العقد والارادة المنفردة، مطبعة نهضة، مصر، 1984.

فرج (توفيق) و مطر (يحي)

38- الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية 1988.

كيرة (حسن)

39- المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية 1979.

لطفي (محمد حسام)

40- موجز النظرية العامة للحق، القاهرة، 1991.

مالك ابن آنس (الإمام)

41- المدونة الكبرى، المجلد الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر.

محرز (أحمد)

42- القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، الطبعة الثانية، 1980.

مرقس (سليمان)

43- أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة 1981.

44- الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، الطبعة الرابعة 1986.

ناصف (إلياس)

45- الكامل في قانون التجارة، الجزء الثاني، الشركات التجارية، منشورات عويدات والبحر المتوسط، بيروت 1982.

يحي (عبد الودود)

46- دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، 1986.

المراجع باللغة بالفرنسية

Atias (Christian)
47- Les personnes, les incapacités, PUF, Paris 1985.

Benmelha (Ghaouti)
48- Le droit Algérien de la famille, OPU, Alger 1994.

Carbonnier (Jean)
49- Droit civil, tome 1, introduction les personnes, PUF, Paris 1985.
50- Tome 3, les biens, 11ème édition 1983.
51- Tome 4, les obligations, 12ème éition, 1985.

Chehata (Chafik)
52-Théorie générale de l'obligation en droit mususlman Hanéfite. Les sujets de l'obligation, Sirey, Paris 1969.

Duclos (José)
53- L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, L G D J, Paris 1984.

Dupoux (Jean) & Hellal (Joseph)
54- Le fonds de commerce, collection Que sais-je ? tome 1936, 1981.

Hubrecht (Georges) & Agostini (Eric)

55- Droit civil, 13ème édition, Sirey, Paris 1983.

Marty (Gabriel) & Raynaud (Pierre)

56- Droit civil, introduction générale à l'étude du droit, tome 1, 2ème édition, sirey, Paris 1972.

Mazeaud (Henri , léon & Jean)

57- Leçons de droit civil, tome 1, volume 1, introduction à l'étude de droit, 4ème édition, montchréstien, Paris 1970.

58- Tome 2, Volume 1, les obligations théorie générale, 6ème édition.

Rieg (A)

59- Cession de créance, encyclopédie Dalloz, civil.

60- Cession de créance, le guide juridique, Dalloz, volume 1.

Starck (Boris)

61- Droit civil, introduction, LITEC, Paris, 1976.

Terki (Nourredine)

62- Responsabilité civile, semestre 4, cours Ronéotypes, Institut de Droit Ben -Aknoun, 1981.

Vouin (R) & Robino (P)

63- Droit Privé civil et commercial, tome 2, PUF, Paris 1960.

Weill (Alex)

64- Droit civil, Introduction générale, 2ème édition ,dalloz, 1970.

الفهرس

صفحة

الباب الأول

تقسيم الحقوق

صفحة

صفحة

الباب الثاني
أركان الحق

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثالث

إستعمال الحق ، حمايته وإثباته

صفحة

صفحة

الباب الرابع

انتقال الحق وانقضاؤه

صفحة